



---

**INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA.  
AMPARO JURÍDICO-LEGAL DE LOS  
MENORES DE EDAD INMIGRANTES NO  
ACOMPANADOS: LOGROS Y DESAFÍOS**

---

**Tesis Doctoral elaborada por: Gabriele Vestri**

Director: Dr. Manuel José Terol Becerra  
Catedrático de Derecho Constitucional

Codirectora: Dra. Laura López de la Cruz  
Profesora Contratada Doctora Derecho Civil

**Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2012**

*Inmigración y extranjería. Amparo jurídico legal de los menores de edad.....*

---

*a Sara  
mi compañera de vida*

*a Manuel José Terol Becerra  
mi Maestro*

## **INDICE**

Abreviaturas y siglas.....	1
Marco metodológico y plan de la investigación.....	3
Introducción.....	5

### **Capítulo I**

#### **ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGALES DE LA REGULACIÓN DEL PROCESO MIGRATORIO**

<b>I.1</b> Las migraciones en Europa desde 1973 hasta 1982.....	23
I.1.A. La crisis estructural.....	27
<b>I.2.</b> El proceso migratorio desde 1982 hasta hoy.....	33
I.2.A. Crisis del sur y este del mundo.....	36
I.2.B. La intervención comunitaria en materia de inmigración.....	42
I.2.C. El Grupo de Trevi y los Acuerdos de Schengen de 1985.....	46
I.2.D. Avances de las políticas de inmigración.....	61
I.2.E. La inmigración y el nacimiento del mercado común.....	65
I.2.F. Armonización de las políticas comunitarias en materia de inmigración.....	70
I.2.G. Inmigración en los años noventa.....	72
I.2.G.a. Factores de crisis interiores a la Unión Europea.....	77
I.2.H. Las negociaciones previas al Tratado de Maastricht.....	81
I.2.I. La inmigración en el Tratado de Maastricht.....	83
I.2.I.a. Las consecuencias del Tratado de Maastricht.....	87
I.2.I.b. Los cambios consecuentes a la introducción del Tratado de Maastricht.....	95

## **Capítulo II**

### **MENOR DE EDAD Y MENOR DE EDAD INMIGRANTE: EL MARCO JURÍDICO-LEGAL**

<b>II.1</b> El menor de edad como sujeto jurídico y su amparo.....	103
II.1.A. Tratamiento jurídico de los menores de edad en el orden preconstitucional.....	105
II.1.B. El menor de edad como sujeto jurídico.....	109
II.1.B.a. La dimensión del menor de edad como sujeto autónomo.....	112
II.1.B.b. Un apunte sobre el menor de edad en la Constitución Española.....	116
II.1.B.c. La deficiente identificación de los derechos del menor.....	118
<b>II.2</b> Las normas supranacionales.....	123
<b>II.3.</b> Las normas constitucionales españolas aplicables.....	129
II.3.A. El artículo 39 de la Constitución Española.....	132
II.3.B. Aproximación al concepto de ciudadanía del menor de edad inmigrante.....	140
<b>II.4</b> El menor de edad en el Derecho Civil Español.....	143
II.4.A. La Ley de Protección Jurídica del Menor y su reciente aplicación.....	149
II.4.B. Los derechos de los menores en la Ley de Protección Jurídica de los Menores de edad.....	152
II.4.C. El menor en situación de desprotección social.....	159
II.4.C.a. La guarda y el guardador de hecho.....	165
<b>II.5.</b> La Ley de Extranjería y sus sucesivas reformas.....	179
II.5.A. El proceso de elaboración de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero y sus posteriores reformas.....	186
II.5.A.a. Los menores inmigrantes no acompañados en la Ley de Extranjería.....	197
II.5.B El Reglamento de desarrollo.....	202

### **Capítulo III**

#### **EXIGENCIAS JURÍDICAS DEL MENOR DE EDAD INMIGRANTE NO ACOMPAÑADO**

<b>III.1.</b> La autorización de residencia del menor inmigrante.....	209
<b>III.2.</b> El interés superior del niño.....	216
<b>III.3.</b> Menores de edad víctimas de trata y menores de edad inmigrantes objeto de tráfico ilegal de personas.....	223
<b>III.4.</b> La determinación de la edad.....	232
III.4.A. El atlas comparativo.....	236
III.4.B. La relación entre la acción del Ministerio Fiscal y el sometimiento a las pruebas médicas de los menores de edad inmigrantes no acompañados.....	240
<b>III.5.</b> Cuestiones acerca de la integración de los menores inmigrantes no acompañados.....	250
III.5.A. Programas de protección de menores en Andalucía.....	254
III.5.B. El fenómeno de los MINAs en Andalucía.....	259

### **Capítulo IV**

#### **IMMIGRAZIONE E IL MINORE D'ETÀ IMMIGRANTE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO**

<b>IV.1.</b> Evoluzione del modello d'immigrazione italiano.....	265
IV.1.A. Le migrazioni interne.....	271
IV.1.B. Immigrazione e declino industriale.....	275
IV.1.C. La Legge 943 del 1986.....	277
<b>IV.2.</b> La Legge “Martelli”.....	280
IV.2.A. I riconoscimenti della Legge “Martelli”.....	282
IV.2.A.a. L'integrazione sociale.....	285
IV.2.A.b. 1992: La legge sulla cittadinanza.....	288

<b>IV.3</b> Il disequilibrio albanese.....	291
IV.3.A. I rimpatri del 1991.....	293
<b>IV.4</b> La peculiarità del sistema italiano degli anni novanta.....	296
IV.4.A. Le tesi xenofobe.....	299
IV.4.B. Un nuovo Governo tecnico.....	302
<b>IV.5</b> La Legge “Turco-Napolitano” e i flussi migratori.....	305
IV.5.A. Riconoscendo diritti.....	310
IV.5.B. Nuove caratteristiche.....	315
<b>IV.6</b> La Legge “Bossi-Fini” .....	321
IV.6.A. Gli elementi della nuova iniziativa legislativa.....	323
IV.6.B. La peculiarità della Legge.....	330
<b>IV.7</b> L'immigrazione oggi.: la Primavera Araba.....	332
IV.7.A. Esiste una sfida?.....	334
<b>IV.8</b> L'integrazione del fenomeno migratorio.....	339
IV.8.A. Metodi d'integrazione.....	341
IV.8.B. L'importanza delle istituzioni territoriali.....	344
IV.8.C. L'educazione come forma d'integrazione.....	347
IV.8.D. L'insegnamento dell'italiano.....	349
IV.8.E. La salute degli stranieri.....	351
IV.8.F. Le politiche abitative.....	352
IV.8.G. Vita familiare, seconde generazioni e ricongiungimenti.....	354
IV.8.H. Iniziative per migliorare la comprensione con le diverse fedi religiose.....	355
IV.8.I. Lotta alle discriminazioni.....	357
IV.8.J. La mediazione culturale.....	359
<b>IV.9</b> Il minore straniero non accompagnato.....	361
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	367
<b>VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	372
<b>VII. PÁGINAS WEBS y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS</b> .....	395

<b>VIII. SENTENCIAS y AUTOS.....</b>	<b>399</b>
<b>XI. ANEXOS.....</b>	<b>400</b>

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AHI	Ad Hoc Group of Immigration
art./arts.	artículo/artículos
AUE	Acta Única Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
Bol. CE	Boletín de la Comunidad Europea
CAME	Centro de Acogida para Menores Extranjeros
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española
cit.	citado, citada
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CNU	Convención de las Naciones Unidas
CRI	Constitución República Italiana
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FD.	Fundamento de Derecho
FJ.	Fundamento Jurídico
GRUME	Grupos de Menores
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MENA/MENAs	Menor/es Extranjero/s No Acompañado/s
MINA/MINAs	Menor/es Inmigrante/s No Acompañado/s
NN.UU.	Naciones Unidas
núm./núms	número/números
ONG/ONGs	Organización/es No Gubernamental/es



<i>op.cit.</i>	obra citada
p. ej.	por ejemplo
pág./págs.	página/páginas
s.a.	sin año de publicación
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
s.e.	sin editorial
ss.	siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos
STS	Sentencia Tribunal Supremo
supl.	Suplemento
TCE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
Vid.	Véase

## MARCO METODOLOGÍCO Y PLAN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente Tesis Doctoral investigadora se ha desarrollado dentro de la Beca de formación de personal Docente e Investigador en Areas de Conocimiento Deficitario de la Junta de Andalucía, Consejería de Innovación Ciencia e Impresa; obtenida en convocatoria competitiva y después de frecuentar el Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pablo de Olavide. Especial agradecimiento va al Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y en particular a todas las compañeras y compañeros del área de Derecho constitucional sin cuyo apoyo el trabajo no hubiera salido a luz.

La investigación intenta responder a un tema de estricta actualidad como es la existencia de menores de edad inmigrantes no acompañados, por lo que su hipótesis toma punto de partida interrogándose sobre la existencia o no de una suficiente protección jurídica hacia estas personas, vulnerables y a veces dejados demasiado a la *mercè* de las opiniones políticas de los Estados. No desconocemos los logros obtenidos aunque, al mismo tiempo, detectamos nuevos desafiantes retos hacia una más concreta protección de un colectivo inmigrante más débil que otros.

El trabajo consta de una introducción, cuatro Capítulos troncales y las Conclusiones. Para ofrecer un más fácil desarrollo y lectura de la Tesis, cada Capítulo se compone de apartados y subapartados (si se da el caso) que tratan argumentos relacionados con el tema principal del Capítulo. Investigando sobre el tema de los “menores de edad inmigrantes no acompañados”, hemos definido el concepto de menor de edad inmigrante no acompañado, detectando la falta de unanimidad en la dogmática así como una diferencia definitoria entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario. El trabajo tiene la

obligación de destacar los elementos propios de la inmigración y su recorrido histórico (Capítulo I).

El siguiente Capítulo (Capítulo II), se centra en el marco jurídico y legal aplicables al menor de edad. El capítulo cuenta además con la aproximación al fenómeno investigado en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Capítulo III destaca las exigencias del menor de edad como sujeto de derecho y actor social pleno.

En el marco comparado y optando para el Doctorado Internacional<sup>1</sup>, hemos tomado en cuenta el caso Italiano para analizar las diferencias que hay dentro un mismo continente (Capítulo IV).

Creemos útil remarcar la importancia de seguir investigando a un colectivo, que junto a los menores de edad nacionales, representa el futuro próximo de cada sociedad.

---

<sup>1</sup> Estancia de tres meses desarrollada y certificada por la Universidad Roma Tre, Roma, Italia

## INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva de los derechos de los menores extranjeros es importante destacar la problemática que deriva de la situación del colectivo que representan los menores extranjeros o inmigrantes no acompañados. Estos menores, calificados también como “separados”, para subrayar su situación, tienen unas características comunes y suponen un desafío y un esfuerzo a fin de lograr su verdadera integración. No se trata por cierto de un fenómeno nuevo, aunque se detecta un aumento progresivo de su número, en especial en los países europeos y que se hace más visible a partir de 1990.

El número de menores que responden a esta categoría es muy difícil de precisar, no obstante, se estima que podrían ser unos 6.475<sup>2</sup> en España. Además, es difícil estimar numéricamente la entidad de este segmento, puesto que los menores extranjeros no acompañados, salvo casos particulares, llegan de manera irregular o clandestina. Las causas son múltiples: desplazamientos por situaciones de crisis, emigración por motivos económicos, estrategia de mejora de perspectivas sociales y culturales. Los menores, “emprenden sus viajes en busca de hacer realidad su sueño que, a su juicio pasa por la consecución de dinero. Sin embargo cuando aterrizan aquí, se les restringe el

---

2 Fuente: Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe “*Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España*”. *Estado actual y nuevas tendencias*”, 2009. Elaboración propia. A partir de datos de: Del 1993 al 1999: Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Informes sobre “la Situación de los Menores Extranjeros No Acompañados” remitidos por las CC.AA al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el Grupo de Trabajo reunido el 29 de febrero del 2000, Junta de Castilla y León, Generalidad Valenciana y Gobierno de Aragón. Del 2000 al 2007: Ciudad Autónoma de Melilla, Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Diputación Foral de Gipuzkoa, Generalidad de Cataluña, Generalidad Valenciana, Gobierno de Aragón, Junta de Castilla y León, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Junta de Andalucía, Ministerio de Interior, Ministerio de Trabajo y Inmigración, Región de Murcia, Xunta de Galicia y Vaciado de Expedientes de los Centros de Primera Acogida de la Comunidad Valenciana por el Equipo investigador del proyecto en esta CC.AA, 2000 i 2007-08.

acceso al mercado de trabajo y se encomienda su tutela al Estado por lo que ven sus aspiraciones frustradas tenida en cuenta esta limitación legal: existe una disonancia entre el mercado español y las vivencias y expectativas de estos menores. No pueden poner en práctica su proyecto migratorio por lo que se ven relegados a la enajenación y su correlato la exclusión y el fracaso social”<sup>3</sup>.

En particular, parece conveniente señalar dos fundamentos que dan origen a la migración de los MINAs (Menores Inmigrantes No Acompañados): en primer lugar tenemos que identificar el país de procedencia y cómo logran entrar en territorio europeo. En este sentido, tenemos la obligación de aclarar el concepto de país de procedencia, ya que no es lo mismo identificarlo con el Estado del que es nacional el menor de edad, o el lugar donde tuvo inicio el recorrido migratorio, es decir, de donde el menor inmigrante salió hacia Europa. Dicho de otra manera, puede ocurrir que un menor de edad de Mali, deje su país para llegar a Marruecos o a las costas del oeste del continente africano para después inmigrar hacia las costas españolas de las Islas Canarias o las de Andalucía. Entonces, tenemos un país de procedencia que podemos definir “natural” (Mali), y un país de procedencia “de inmigración” (Marruecos). Con respecto a nuestra investigación, consideramos como país de procedencia al que hemos denominado “natural”, ya que el “de inmigración” sólo representa una incidencia geográfica. Y en concreto, los MINAs proceden del Magreb y mayoritariamente de Marruecos.

Diferentes son las situaciones relacionadas con las motivaciones de la inmigración. Entre estas, podemos mencionar la decisión personal del menor de iniciar un proceso migratorio, que asume esta responsabilidad sin

---

3 ADNANE Abdelhamid, VERDASCO MARTÍN Miguel Ángel, “*Acogimiento de Menores Inmigrantes*”. En JIMENEZ HERNANDEZ Antonio, CORREA GARCÍA R.I., CRUZ DÍAS R., GUZMÁN FRANCO D., “*Intervención socioeducativa e intercultural. Nuevos horizontes en la formación del educador*”, Accem, 2006, pág. 100

consultárselo a la familia; la del menor que cuenta con el respaldo de sus familiares, quienes asumen el coste económico del viaje; el menor que acepta la decisión de su familia para que emigre con el objetivo de mejorar su situación económica<sup>4</sup>.

En todo esto, un papel importante es el de las mafias que alimentan el conocido “mito europeo”. En tal sentido “existen ciertas redes clandestinas de transporte de inmigrantes que facilitan el viaje a cambio de elevadas sumas de dinero. Como normalmente los emigrantes en sus países de origen sólo pueden pagar una parte del precio, las mafias les obligan a trabajar en los países de destino hasta que los ingresos de su nueva vida les permitan cancelar la deuda”<sup>5</sup>.

Por supuesto, el desplazamiento a través de las mafias es uno de los métodos utilizados, aunque cabe señalar la existencia de otros sistemas en los que los menores viajan por su cuenta: suelen viajar ocultos en los bajos de camiones o autobuses, así como a través de los vehículos que cruzan el estrecho de Gibraltar en los ferrys<sup>6</sup>.

---

4 VV.AA., “La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados en España”, Red Europea de Migraciones, Gobierno de España, Madrid, 2009, pág. 22

5 VOGLER M., “La inmigración en España. Un conflicto social”, Grin Verlag, 2009, pág. 7. En este mismo sentido: NASH M., “Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración...”, op.cit., pág. 79: “Las mafias y las redes del crimen organizado desempeñaron otro papel asociativo en la construcción de un imaginario colectivo en torno a la inmigración y el crimen”.

6 La utilización de este método conlleva un desgaste físico muy importante, por lo que existen relaciones entre este método de desplazamiento y el consumo de inhalantes que en muchos casos empezó ya en el país de procedencia. “El inicio del consumo de inhalantes, en algunos casos se debe al contacto con los grupos de “menores de calle” instalados en las ciudades de tránsito, por mimetismos y para soportar las condiciones extremas de su estancia en las calles, o bien para aguantar las duras condiciones del viaje hasta llegar al país receptor: soportar el hambre, el frío, el calor y las duras condiciones del trayecto. Muchos de estos menores llegan a España con el consumo de inhalantes ya iniciado en estos momentos. Es importante profundizar en este momento y espacio vital porque es cuando muchos de ellos, a juicio de nuestros informadores, se han iniciado en el consumo de drogas y más específicamente en el consumo de inhalantes, con una clara finalidad escapista, como tendremos ocasión de analizar más detenidamente en el apartado correspondiente. “Consumen a escondidas disolventes para

Por otro lado, pueden llegar en coche o avión. En estos casos, el MINA llega con un adulto, un familiar o un acompañante, del cual se separa una vez llegado en el territorio de destino<sup>7</sup>.

Hoy en día, el perfil del menor inmigrante es claro y conocido. Se trata de un varón<sup>8</sup> (en la mayoría de los casos), de dieciséis-dieciséis años<sup>9</sup>, nacional de países de África, cuya familia, numerosa, se halla en situación económica crítica. El menor de edad suele abandonar los estudios con el fin de encontrar

---

*soportar las duras condiciones de su estancia en la calle y para evadirse de su situación, se juntan todos los menores, los que están en la calle siempre de Tánger que consumen a escondidas para que no les vean algunos de sus familiares, en lugar de en mitad del paseo de la playa, como hacen los chavales del sur” (GD4/M/PROT) . “Un buen día deciden, después de una escena de agresividad o lo que sea... se van al puerto de Tánger hasta que consiguen cruzar a Melilla o donde puedan... ahí empiezan a verse en la calle, a buscarse la vida y a consumir inhalantes... se suelen aprovechar de ellos los más mayores... un menor zumba-do con pegamento se pueden aprovechar de ellos mejor” (E7/PROT/S). “Es un consumo que se inicia en Marruecos motivado por las circunstancias adversas, por ser una droga que les aísla de la realidad totalmente, no pasan hambre, ni frío, es decir, les quita el sufrimiento y además es muy barata... lo han probado por primera vez en Tánger o para aguantar el viaje, pero una vez que llegan a la península no lo vuelven a probar, ni quieren saber nada, porque ya no tienen esa necesidad, no tienen frío, ni tienen hambre”, ARBEX SÁNCHEZ C., JIMÉNEZ FUENSALIDA A., “Menores inmigrantes y consumo de drogas. Un estudio cualitativo”, s.e., 2004, pág. 84. El estudio recoge también muchas entrevistas a los menores inmigrantes y a los educadores.*

- 7 Por eso resulta contundente la modificación de la definición de MINA introducida por el derecho comunitario, según la cual, se identifican como no acompañados “aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros”, además de los que hacen solos el viaje.
- 8 Como hemos dicho, son varones en su gran mayoría aunque, “En los primeros años de este siglo venimos siendo testigos de la llegada a España de chicas menores que proceden de terceros países. Ante esta realidad podemos preguntarnos si estamos ante un nuevo fenómeno diferenciado de los movimientos migratorios más conocidos de personas adultas, hombres y mujeres, o de menores no acompañados. La migración de chicas solas, sin compañía de personas adultas que ejerzan sobre ellas la patria potestad o su tutela va cobrando relevancia poco a poco, conformando una realidad que no se encuentra exenta de complejidad ni de gravedad, fundamentalmente por el estado de desprotección en el que estas jóvenes pueden estar inmersas, puesto que la invisibilidad de las situaciones que viven impide que sean percibidas como seres sujetos de derechos especiales derivados de su condición de menores de edad”, en: MORANTE DEL PERAL M.L., TRUJILLO VEGA M.A., “Las niñas y adolescentes que emigran solas a España ¿Un nuevo fenómeno social?, *Revista Mugak* núm. 41-40 2007, págs. 12 y ss.
- 9 En los últimos años se detectan menores de edad de trece-catorce años y en algunos casos aun más jóvenes.

un trabajo que permita su subsistencia y la de sus familiares. Una vez llegado a España, carece de una formación adecuada y necesaria para incorporarse al mundo del trabajo además de desconocer el castellano como herramienta de relación con el entorno en el que vive.

En relación con las cifras, debemos señalar que es cada vez más difícil estimar y contabilizar este fenómeno, sobre todo a causa de la poca utilización del Registro Central de Menores Extranjeros en situación de desamparo, también porque un determinado número de MINAs que entran en España se desplazan por todo el territorio español sin que las autoridades tengan constancia de ello.

En los últimos años se ha detectado una llegada de niños más jóvenes y un factor nuevo, de niñas. La inmigración de niñas y más en general de mujeres, conlleva necesidades jurídicas y legales más específicas: “la participación de las mujeres en la inmigración hacia España es un tema que no ha suscitado demasiado interés para el legislador ni en la elaboración de políticas de integración. Es como si fuera suficiente el ocuparse de la reagrupación familiar a partir del concepto de familia nuclear y de los niños, ya que a éstas se les «intuye» unidas tanto a la una como a los otros. La utilización de términos como «población», «colectivo», «unidad familiar», etc., sugiere la posibilidad de utilizar cifras y nociones sin sesgo de género, negando a la extranjera su propio proyecto migratorio que o bien obedece a una estrategia económica de pareja en donde con los ingresos de uno se vive en el país de acogida, mientras que los ingresos del otro son enviados como remesas a su país de origen o se ahorran para un eventual retorno, o bien puede ser un proyecto autónomo”<sup>10</sup>.

Es cierto que el flujo migratorio hacia España “ha sido objeto de interés

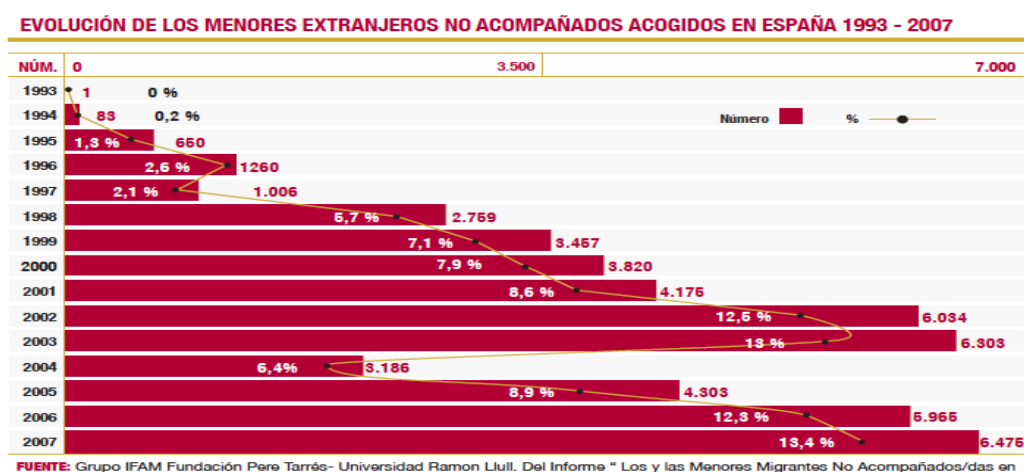
---

10 BEDOYA María Helena, “Mujer extranjera: una doble exclusión Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes”, *Papers*, 60, 2000, págs. 243-244



creciente por la literatura jurídica y la jurisprudencia, pero aunque las aportaciones sociológicas y económicas inciden y resaltan la importancia de las mujeres inmigrantes en la economía y demografía española, las reflexiones jurídicos-penales al respecto se han realizado sobre el modelo del inmigrante varón, con la significativa excepción de las cuestiones referidas al tráfico ilegal de mujeres para su explotación sexual<sup>11</sup>.

En este sentido, resulta útil verificar la evolución y la entidad del fenómeno objeto de la presente investigación:



*Tabla 1. Evolución numérica de los MINAs*

En el gráfico se constata cómo el fenómeno migratorio empieza a tener mayor presencia a partir de los primeros años noventa. El número de llegadas se incrementa cada año hasta 2004. En este año, un acontecimiento, los atentados terroristas de Madrid, merman las llegadas debido al más rígido control de las fronteras y al endurecimiento de las posiciones político-sociales. Una vez que disminuye el miedo, los MINAs vuelven a alcanzar cifras siempre

11 DE LA CUESTA Paz M., "Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud", *Revista de Derecho Social*, núm. 41, Enero-Marzo 2008, pág. 75

más altas.

Según los últimos datos que manejamos, en el año 2009, y respecto a 2008, se produce un aumento de las entradas de inmigrantes, es decir, hay una disminución del volumen de MINAs acogidos por parte de las respectivas Comunidades Autónomas con respecto al año 2007, pero al mismo tiempo un incremento de los ingresos con respecto al año 2008. En 2008 se calculan 3.583 entradas en el sistema de protección contra 3.687 de 2009<sup>12</sup>. Si por un lado tenemos la tendencia numérica<sup>13</sup> de la llegada de los menores extranjeros, por el otro podemos comprobar los países de procedencia:

**INGRESOS EN ESPAÑA DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS  
SEGÚN PAÍS PROCEDENCIA. AÑO 2007**

PAÍS	1000	2000	3000	4000	5000	6000
MARRUECOS						3668 (67,8 %)
RUMANIA	371 (6,9 %)					
SENEGAL	300 (5,5 %)					
ARGELIA	198 (2,9 %)					
MALI	154 (2,8 %)					
GAMBIA	111 (2,1 %)					
GHANA	100 (1,8 %)					
GUINEA CONAKRY	84 (0,4%)					
MAURITANIA	42 (0,8%)					
COSTA DE MARFIL	34 (0,6%)					
BOLIVIA	27 (0,5%)					
NIGERIA	25 (0,5%)					
GUINEA ECUATORIAL	21 (0,4%)					
GUINEA BISSAU	20 (0,4%)					
BULGARIA	19 (0,4%)					
RODADIA	19 (0,4%)					
COLOMBIA	16 (0,3%)					
FRANCIA	16 (0,3%)					
REINO UNIDO	14 (0,3%)					
ECUADOR	12 (0,2%)					
OTROS	171 (3,2%)					
<b>TOTAL</b>						<b>5408 (100%)</b>

**FUENTE:** Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe " Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España. Estado actual y nuevas tendencias", 2009. Elaboración propia.

*Tabla 2. Países de procedencia de los MINAs*

12 Vid. QUIROGA Violeta, "Los menores en contextos migratorios. Evolución estadística del fenómeno (1993-2009)" en REVILLA Marisa (coord.), "Infancia, juventud y migraciones. Una mirada para la cooperación internacional", Fundación Carolina, Siglo XXI, 2011, pág. 177

13 Es necesario subrayar como estos datos son relativos al número de menores inmigrantes no acompañados que han entrado en el sistema de acogida de las Comunidades Autónomas. Es destacable, entonces, como exista un número, difícilmente calculable, de sujetos que queda fuera de las estadísticas.

El gráfico destaca que Marruecos es el primer país de procedencia aunque debemos señalar que desde este país se inicia el viaje, con lo cual entendemos que muchas otras serán las nacionalidades de los MINAs que salen de este país. Cabe señalar también que el primer país latinoamericano de procedencia es Bolivia. En este caso, los menores llegan con sus padres que una vez en el aeropuerto les dejan solos.

Las expectativas iniciales de acogida de los menores inmigrantes no acompañados, chocan fuertemente con las condiciones reales que encuentran. Tras la entrada en el territorio español, los menores de edad no acompañados se alojan en Centros de acogida (CAME)<sup>14</sup> que “consisten en pisos compartidos de larga estancia y de pequeño tamaño para un máximo de 12 niños (...). Los CAME están situados normalmente dentro o cerca de zonas pobladas. Estas residencias se complementan con instalaciones de acogida inmediata, llamados CAI (Centros de Acogida Inmediata), a donde los niños pueden ser referidos con poca antelación y por máximo de 3 días”<sup>15</sup>.

La investigación, sin embargo, no desconoce la entera complejidad de los menores extranjeros, cuyo concepto incluye realidades tan dispares como: menores ya presentes en el territorio nacional porque nacidos en España por padres extranjeros; menores extranjeros llegados a España con los mismos padres; menores extranjeros llegados con un proceso de reagrupación familiar así como la figura del menor de edad cual sujeto débil.

Tendremos entonces que determinar el concepto de menor extranjero no acompañado conscientes de que este no es solamente un factor conexo a la

---

14 CAME: Centro de Acogida Menores Extranjero no acompañado

15 HUMAN RIGHT WATCH, “Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias”, *Human Right Watch*, Vol. 19, núm. 4 D, junio 2007, pág. 17

edad, sino, que también se refiere a una maduración psíquica de la persona. Creemos oportuno definir ya que se entiende por Menores Extranjeros no acompañados.

En 1997, ACNUR difunde la definición de MENA según la cual son “los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y se hallen separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre los tuviera a su cargo”. Ya en 1999 la misma ACNUR revisa su propia definición matizando el concepto de “separados”<sup>16</sup>. En esta óptica se intenta sustituir el concepto de menor no acompañado, por el de menor separado motivado por el “deseo por ampliar el ámbito de atención no sólo a los menores que se encuentran solos en países europeos, sino también a todos aquellos que no están con sus padres biológicos o tutores legales y viven en los países de acogida acompañados por parientes adultos (hermanos, tíos, primos, etc.), que han sufrido también procesos previos de separación y que han requerido o requieren atención. En algunos casos, el hecho de que los menores convivan con ellos puntualmente no significa necesariamente que estos parientes sean capaces de hacerse cargo de ellos”<sup>17</sup>.

En consecuencia, los distintos autores optan por diversas definiciones: “menores inmigrantes no acompañados”<sup>18</sup>; “menores no

---

16 Definición del Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas y la Organización Save the Children en su Declaración de Buenas Prácticas.

17 CAPDEVILA Manel, FERRER Marta, “*Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (meina)*”, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2003, pág.17

18 Se conforman con esta definición: ARCE Elena. “*Menores extranjeros en situación de desamparo*”. Lex Nova, nº 5, Madrid, 1999, núm. 5. BENCOMO, C. “*España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*”, Human Right Watch, 2002, Vol. 14 n. 4, pág. 5., COMAS M., (coord.), “*L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació*”. Finestra oberta, nº 19, 2001, Barcelona, Fundació Jaume Bofill, BARGACH A., “*Los contextos de riesgo: menores migrantes no acompañados*”, en CHECA y OLMO F., ARJONA Á., CHECA OLMOS J.C., “*Menores tras la frontera. Otra inmigración*

acompañados”<sup>19</sup>, “menor extranjero no acompañado”<sup>20</sup>.

A eso tenemos que añadir la definición de MENA que nos ofrece el Derecho comunitario: “menores de 18 años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros”<sup>21</sup>. Se hace referencia clara a la condición de la nacionalidad entendiendo, literalmente, que los menores de edad nacionales de Estados miembros de la Unión Europea no encajan en esta definición. La consecuencia más directa es el riesgo de un trato diferente entre mismos colectivos y de hecho la creación de dos conjuntos: los menores no acompañados comunitarios y los menores extranjeros no acompañados. En este sentido parece que el Derecho comunitario quiera subrayar más la condición de emigrante menor de edad, que la de menor que además es inmigrante.<sup>22</sup>

---

*que aguarda*”, Universidad de Almería, 2006, pág. 51, CAVA DE LLANO Y CARRÍO Maria Luisa, “*El defensor del pueblo y la protección de los menores inmigrantes no acompañados*” en CABEDO MALLOL Vicente (coordinador), “*La situación de los menores inmigrantes no acompañados*”, Tirant Lo Blanch 2009, pág. 19.

19 Vid. GIMÉNEZ ROMERO, C., SUÁREZ NAVA, Liliana “*Menores no acompañados que han entrado en el territorio español sin representación legal*”. Madrid: UAM, 2000. pág. 2,

20 Vid. ARCE JÍMENEZ Elena, “*Menores Extranjeros no acompañados*”, en LÁZARO GONZÁLEZ I. E., CULEBRAS LLANA I. (coordinadoras), “*Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. IV Jornada sobre Derechos de los Menores*”, Universidad Pontificia Comillas, Fundación Seur, 2006, pág. 125. GONZÁLEZ ARENAS, C. “*Una experiencia pionera: Casa de Refugiados e Inmigrantes menores y jóvenes no acompañados*”. Documentación Social. Madrid, 2000, núm. 120.

21 Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 y Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE, que incorporan la referencia a los apátridas.

22 A título de ejemplo podemos pensar al caso de Rumania. Según los datos del Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés, Universidad Ramon Llull, informe “*Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España*”. *Estado actual y nuevas tendencias* de 2009; Rumania es el segundo país de procedencia de los MENAs. Recordamos que a partir de enero 2007, Rumania

Para explicar entonces las causas del fenómeno tomaremos en consideración la frontera familiar: muchos menores llegan como consecuencia de elecciones maduras dentro de las familias que consideran al joven emigrante como un agente del desarrollo familiar y como consecuencia del contexto territorial de referencia<sup>23</sup>, teniendo entonces, la obligación de plantearnos la definición de familia.

En todo esto y por supuesto a nivel internacional, queda abierto el significado de niño y niña. Es el caso del art. 2.2a de las “Reglas mínimas de las NN.UU. para la Administración de la Justicia de menores”<sup>24</sup>: “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”. Todo parece depender del sistema interno de cada Estado<sup>25</sup>. Más en concreto, pensamos al “Código del Niño, Niña y Adolescente”<sup>26</sup> del Estado Pluranacional de Bolivia: art. 2: “se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos”.

¿Por qué tanta atención a este tema? Nos interesa determinar una difundida y más aceptada definición de mayoría de edad, ya que en relación con este *estatus* se aplicarán normas diferentes. Si no tenemos claro esto y con

---

es país miembro de la Unión Europea con lo cual, todos los menores que llegan sin el acompañamiento de sus padres o de quien ejerce la tutela a España, no encajan en la definición ofrecida por el Derecho comunitario. Siendo entonces, estos menores, ciudadanos europeo, el derecho y las leyes en materia de extranjería los afectaran de manera distinta. En este sentido, un niño rumano no puede ser repatriado de manera coactiva. Se entiende cómo exista el riesgo concreto de seguir un doble cauce de protección por el mismo fenómeno.

23 De frecuente, en efecto, el menor de edad procedente de países subdesarrollados, tiene una maduración psíquica, consecuencia del propio y difícil recorrida de vida; mayor con respecto de aquel de un coetáneo comunitario.

24 Conocidas como “Reglas de Beijin”, Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1995

25 Hay casos llamativos como lo de Iran que definiendo los menores de edad según la Ley Islámica, otorga la mayoría de edad a los 9 años para las niñas y a los 15 para los niños.

26 Ley 2026 de 27 de octubre de 1999

referencia a nuestra investigación, tenemos que aceptar el art. 9.2 del CC que aplica al extranjero su propia ley nacional, con lo cual, es posible que una persona menor de edad según el sistema español, resulte mayor de edad en su propio país y que en virtud del citado artículo, el Fiscal aplique dicha norma y considerándolo mayor de edad proceda a la repatriación como si fuera un adulto.

Dicho esto y teniendo en cuenta el dictado constitucional cuyo artículo 1227 define menores los que no hayan cumplido los dieciocho años y de la CNU, art. 1 que dicta: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; nos conformamos con la definición de “menores de edad inmigrantes no acompañados”, entendiendo aquellos menores de 18 años, que llegan al territorio de un Estado sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, legalmente o por costumbre, que no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a todos aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada<sup>28</sup>.

La aplicación de los Tratados internacionales debería comportar las garantías suficientes a todos los menores. Se ha constatado, por el contrario, un endurecimiento o un deterioro en las normas de asilo o protección hacia estos menores en algunos países. En definitiva, se observa como los intereses estatales sobre el control migratorio prevalecen sobre los derechos de los menores de edad. Sobre los modelos de protección, se puede afirmar que no existe una uniformidad: en algunos países se les considera como solicitantes de

---

27 Artículo 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

28 Cómo se puede comprobar, esta definición recoge y revisa elementos propios de las definiciones de ACNUR y del Derecho Comunitario.

asilo (Portugal, Bélgica, Dinamarca o Irlanda). En Italia o España son atendidos por el sistema de protección propio. En Francia se aplica un modelo mixto.

La mejorable y más efectiva tutela del menor inmigrante no acompañado nos impulsa a investigar sobre la tutela jurídica de este tipo de inmigración; segmento de inmigración que a diferencia de todos los demás tipos, necesita de una atención legislativa mayor justo como consecuencia de la condición de minoría de edad de las personas que llegan sin adultos.

La presencia de un consistente número de menores extranjeros es un hecho particularmente relevante por dos principales motivos: en primer lugar los menores extranjeros reclaman una serie de servicios y representan un desafío legislativo y administrativo, con características peculiares y diferentes con respecto de aquellas de los inmigrantes adultos; en segundo lugar, los menores son, en sentido estricto, una parte estructural del futuro de cada país. Sus historias de hoy hablan de los habitantes y de los ciudadanos del mañana, en otras palabras, profundizar el estudio sobre los menores no acompañados significa también intentar comprender como será la sociedad europea, en particular la española, durante los próximos años, ya sea desde el punto de vista sociológico que desde el punto de vista jurídico con la, consiguiente relevancia de una más cuidada reglamentación y tutela jurídica para esta tipología de inmigración.

Se trata además de un segmento migratorio particularmente inestable ya sea en términos de movilidad sobre el territorio, que en términos de titularidad jurídica.

Esta investigación, en consecuencia, es importante para comprender cómo el ordenamiento jurídico español, en particular, protege a los menores de edad inmigrantes y sobre todo, el trabajo central, cuáles son los desarrollos jurídicos



para la tutela de un segmento débil como aquel de los menores no acompañados, a la luz también de los principios constitucionales y del Derecho comunitario e internacional; y tomando en cuenta las experiencias de otros países europeos con particular referencia al caso italiano, que para su posición geográfica comparte con España los mismos problemas de inmigración.

La investigación, de huella constitucional tomará en particular referencia el artículo 10, el artículo 39 de la CE, y las leyes a ellos conectadas. Tales normas nos llevarán a analizar la protección de los derechos humanos y por lo tanto la DUDH, la CDN y los acuerdos internacionales tal como los principios que sujetan la política social y económica española.

Profundizando en el aspecto del Derecho cabe señalar como el menor no acompañado, por su doble condición de menor de edad e inmigrante, se halla sometido a dos tipos de normas jurídicas: la Ley de Extranjería y la Ley Orgánica de Protección del Menor (LOPJM). Según la aplicación de la primera, son extranjeros en situación de irregularidad y por lo tanto, objeto de expulsión. Según la segunda, el menor es sujeto de derechos y como tal, persona que puede opinar sobre los derechos que le afectan. Esta ley proclama que el interés superior del menor habrá de ser tenido en cuenta por encima de cualquier otro interés legítimo. Sin embargo, como denuncia la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, “en la práctica, para el caso de los menores extranjeros no acompañados, este principio es puesto en cuestión, dado que los menores extranjeros sufren un trato que no da prioridad a su condición de menor potencialmente en desamparo, sino por el contrario el acento se pone sobre su condición de inmigrante en situación irregular”<sup>29</sup>. Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localizan a un extranjero no autorizado a

---

29 ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, “*Entre la represión y la protección. Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*”, APDHA, 2006, pág. 18 y ss.

residir legalmente en España cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el proceso jurídico exige en primer lugar, la determinación de la edad; en segundo lugar, una vez determinada ésta, si se trata de un menor, podrá ser repatriado a su país de origen o podrá permanecer en España.

Según el principio del interés superior del menor, la repatriación sólo puede acordarse una vez localizada e informada la familia o bien cuando existen en el país de origen servicios de protección de menores que garanticen la ausencia de riesgo o peligro para su integridad. Transcurridos nueve meses desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia en España. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse.

En el caso de menores tutelados que alcancen la mayor edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas para favorecer su integración social, la Administración Pública podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales<sup>30</sup>.

Si bien la ley indica que se debe respetar “el interés superior del menor”, la

---

<sup>30</sup> En esta fase y aunque profundizaremos más adelante, parece importante recordar como en la situación descrita poco antes existe una relación muy estrecha -y por cierto, en parte, contradictoria- entre el art. 172 Cc, en materia de “guarda”, el art. 35.7 de la LOEX y el art. 92.5 del Reglamento de desarrollo de la LOEX. El Código Civil impone ejercer la guarda sobre un menor en situación de desamparo con lo cual, a un menor de edad amparado por el sistema de protección de los menores de la Comunidad Autónoma, se le otorga la residencia desde el primer día de acogida (también de manera retroactiva). De hecho es lo que dicta el art. 35.7 LOEX. De otro contenido parece ser el art. 92.5 del Reglamento de desarrollo de la LOEX según el cual, el menor de edad puede llegar a los 18 años sin tener la residencia; norma, por lo tanto, que choca con lo dispuesto por la combinación de los arts. 172 Cc. y 35.7 LOEX.

definición de este principio se hace atendiendo más el interés del país receptor, que no es otro que el control de los flujos migratorios y la represión de la inmigración ilegal. Y así “en bien del menor”, la autoridad administrativa, en algunos casos, se inclina por su repatriación, sin tener en cuenta las necesidades del menor ni de su familia. Deseos que no se pueden expresar de manera legal, porque como ha denunciado Amnistía Internacional, el menor se encuentra sin representación jurídica, no tiene derecho a la asistencia de un abogado, ni tiene derecho a comparecer ante el juez. Su única posibilidad, vía su tutor o el Defensor del Menor, es de reclamar a la Administración, que así ejerce el doble papel de protectora y represora (ya que decide sobre su eventual expulsión), lo que constituye claramente un conflicto de intereses y una vulneración de la separación de poderes.

Para analizar lo hasta aquí descrito tenemos que tomar en cuenta elementos previos. Por eso trataremos, a nivel de marco común, la política de inmigración. Esto nos permitirá entender el fenómeno migratorio en el ámbito europeo. En este sentido no haremos distinción entre inmigración adulta e inmigración de los menores de edad; lo que realmente interesa es profundizar las raíces históricas, políticas y sociales que fomentaron y fomentan la inmigración. Esto nos llevará a introducir el nacimiento del Derecho de extranjería y creemos, nos entregará los elementos para acercarnos a la inmigración de los MINAs<sup>31</sup>, ultimo y más moderno estadio del proceso migratorio.

Ya desde estas primeras palabras podemos comprender como existen normas jurídicas nacionales y supranacionales que regulan el fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados. A pesar de esto detectamos una difícil

---

31 MINA: Menor Inmigrante No Acompañado

relación entre las que son las normas teóricas y su aplicación práctica.

La investigación entonces, quiere abordar el tema de la inmigración y de la inmigración de los menores de edad, no solamente desde el punto de vista teórico sino, más bien, individuando los aspectos prácticos. La intención es la de demostrar la posible armonización de intereses contrapuestos que si no entrelazados entre ellos dejan al menor de edad en una situación mucho más vulnerable de la que está viviendo en estos momentos históricos.

Por último, ciertamente no por importancia, es necesario una vez más reconsiderar la figura del menor de edad otorgándole el estatus que se merece, es decir el de pleno sujeto de derecho y destinatario de las políticas jurídicas y sociales que permitan una verdadera construcción de su propia ciudadanía.

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGALES DE LA REGULACIÓN DEL PROCESO MIGRATORIO**

Sumario. **I.1.** Las migraciones en Europa desde 1973 hasta 1982, I.1.A. La crisis estructural.

**I.2** El proceso migratorio desde 1982 hasta hoy, I.2.A. Crisis del sur y este del mundo, I.2.B. La intervención comunitaria en materia de inmigración, I.2.C. El grupo de Trevi y los Acuerdos de Schengen de 1985, I.2.D. Avances de las políticas de inmigración, I.2.E. La inmigración y el nacimiento del mercado común, I.2.F. Armonización de las políticas comunitarias en materia de inmigración, I.2.G. Inmigración en los años noventa. *I.2.G.a. Factores de crisis interiores a la Unión Europea*, I.2.H., Las negociaciones previas al Tratado de Maastricht, I.2.I. La inmigración en el Tratado de Maastricht, *I.2.I.a. Las consecuencias del Tratado de Maastricht*, *I.2.I.b. Los cambios consecuentes a la introducción del Tratado de Maastricht*.

En esta parte de la Tesis se hace referencia al tema de la inmigración. En este sentido no se hace distinción entre la inmigración de los adultos y la de los menores de edad. Interesa abordar el concepto de inmigración partiendo por supuesto del marco histórico y de los cambios que a lo largo de los años han modificado el mismo, así de marcar un antes y un después. Recorreremos entonces, los momentos históricos más llamativo en tema de inmigración y reglamentación de extranjería en ámbito europeo. Esto nos permite tener un cuadro completo sobre las realidades, necesidades y desafíos de los países europeos a la hora de enfrentarse al problema de la inmigración.

Además, es relevante esta introducción para marcar el entorno dentro del cual se mueve el colectivo de nuestra investigación. El Capítulo trata sobre el marco histórico, el extranjero, la inmigración y la cultura occidental, y dedica a

un breve *excursus* a las normas de extranjería presentes en España.

*“La inmigración es drama, pero también y sobre todo esperanza. La conmovedora realidad de miles de seres humanos que intentan cada día alcanzar las costas españolas, jugándose y, a menudo, perdiendo la vida en el empeño, constituye hoy uno de los conflictos contemporáneo más urgente y relevantes. Se trata de acontecimientos que son objeto de constantes e intensa alusión noticiosa por los diversos medios de comunicación, que los presentan como tragedia humana, pero también como objeto de fuerte debate y divergencia política”<sup>32</sup>.*

## **I.1. LAS MIGRACIONES EN EUROPA DESDE 1973 HASTA 1982**

Con la difusión y los progresos de las modernas comunicaciones, con la expansión global y con la intensificación de las disparidades económicas y demográficas, sean regionales que internacionales, hoy, todo el mundo está interesado por los fenómenos migratorios. “El impacto de la internacionalización del capital al que hemos observado en los últimos veinte años ha contribuido a configurar una articulación distinta de la movilidad de las personas en canales migratorios, regionales, nacionales y transnacionales”<sup>33</sup>.

En la base entonces del fenómeno migratorio pasado, presente y futuro, está

---

32 ELÍAS MÉNDEZ Cristina, *“La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Universidad de Valencia, pág. 23

33 RIBAS MATEOS N., *“Globalización y movimientos migratorios”* en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á., JIMÉNEZ ÁLVAREZ M., (coordinadores), *“Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España”*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005 pág 28

una globalización descontrolada que afecta a muchos países y aún más a aquellos con reducido impacto económico. El Prof. Terol Becerra destaca como “tal es el caso, quien informa de cómo hace cincuenta años quiso implantarse el orden económico mundial conocido como el sistema Bretton Woods, llamado a descansar sobre dos pilares de sustentación distintos aunque complementarios entre sí: la liberalización de la economía y la regulación del flujo de capitales. El propio Noam Chomsky revela la enorme importancia que este último asunto adquiriría en el planteamiento de Bretton Woods. No era sólo que, desde una perspectiva teórica, la evasión de capitales, los flujos especulativos a corto plazo y las fluctuaciones de los tipos de cambio pudieran socavar la libertad de mercado. La regulación del flujo de capitales también se juzgaba una medida aconsejable por el peligro que representaba y puede decirse que representa para la democracia y el Estado de Bienestar la libre circulación de capitales”<sup>34</sup>.

Aunque las migraciones internacionales tuvieron un origen muy lejano en el tiempo, solamente a partir de la post-guerra, tal fenómeno alcanzó Europa con números muy relevantes. “Europa es un país de inmigración relativamente reciente, porqué hasta la Segunda Guerra mundial generó emigrantes hacia el resto del mundo. Hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, Europa Occidental -con la excepción de Suiza y Francia-, fue más que nada una región de emigración. No fue sino hasta después de la guerra que los países de Europa occidental empezaron a transformarse sucesivamente en países de inmigración”<sup>35</sup>.

---

34 Vid. TEROL BECERRA Manuel José, “Globalización versus universalización constitucional en el mediterráneo. Propuesta metodológica para una análisis de la diversidad”, *Revista de Derecho Político*, núm 60, 2004, pág. 76

35 En este sentido Vid. BIRSL U., SOLÉ C., “*Migraciones e interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*”, Anthropos, Barcelona, 2004, pág. 11

El cambio se produjo cuando Alemania, Francia, Reino Unido, Bélgica, Holanda y los demás países europeos, destrozados por la guerra mundial empezaron a buscar trabajadores extranjeros para emplear en la reconstrucción del territorio esperando una nueva fase de desarrollo económico”<sup>36</sup>.

A eso se añade, como señala Maria Cristina Blanco, el hecho de que “la ultima década del siglo XX ha sido testigo de nuevos cambios en las tendencias migratorias internacionales, cambios que quedan reflejados en los datos e informes que diferentes organismos internacionales elaboran al efecto”<sup>37</sup>.

También la composición de los grupos de estos movimientos migratorios, mutaron en el tiempo. Es cierto como “las primeras oleadas de inmigrantes salieron desde Italia, Yugoslavia, Grecia, España, Portugal, Marruecos y Túnez, además de las poblaciones llegadas de Inglaterra, India y la llegada a Francia desde algunas zonas de Africa y Caribe”<sup>38</sup>.

Como veremos, esta primera inmigración se interrumpió en 1973-74. Las actitudes de los Estados europeos hacia estos flujos migratorios siempre han sido heterogéneas, tanto que se encuentran analogías entre las políticas de los países europeos que nos permite reagruparlos y clasificarlos. Países de la Europa del Norte: Suecia, Finlandia, Irlanda e Inglaterra que como veremos mantuvieron un comportamiento cuanto menos dinámico por lo que concierne los movimientos migratorios; los países de la Europa central: Alemania, Holanda, Austria, Luxemburgo, Bélgica y Dinamarca, fueron los países más interesados por los movimientos migratorios y por eso llevaron a cabo políticas

---

36 AJA E., DIEZ L., *La normativa sull'immigrazione negli Stati e nella Comunità europea*, en Diritto, Immigrazione e cittadinanza, n. 1, 2005, pág. 243

37 BLANCO M.C., ZLOTNIK H., “*Migraciones. Nuevas movilidades en un Mundo en movimiento*”, Anthropos, 2006, pág.11

38 AJA E., DIEZ L., *ibid.*



de inmigración bastante diferentes entre ellos; y finalmente los países mediterráneos (o de la Europa del Sur): Italia, España, Grecia y Portugal. Estos últimos fueron zonas de grandes cambios, inicialmente eran los principales países de emigración hacia Europa central, ahora ya las cosas han cambiado y son ellos mismos receptores de la inmigración del norte de África.

Históricamente podemos entonces dividir las políticas de inmigración de los Estados europeos -desde la posguerra hasta hoy -, en tres fases principales: la primera fase que empieza en 1945 hasta 1973, la segunda de 1974 a 1982 y la tercera de 1982 hasta hoy. Las políticas migratorias de la primera fase fueron condicionadas por el hecho de que en aquellos años, la inmigración representaba la respuesta a la real demanda de trabajo en los países industrializados; es cierto que en la posguerra, el trabajo de los emigrantes fue fundamental para la reconstrucción de las ciudades destruidas por la segunda Guerra Mundial y para el logro de un alto nivel de vida en los países de la Europa Occidental.

Cabe señalar, por otro lado, como, “el panorama demográfico anterior a la Segunda Guerra Mundial presentaba en el Mundo desarrollado una disminución de la tasa de crecimiento de la población, así como fue preciso sumar las importantes pérdidas humanas del conflicto mundial”<sup>39</sup>, con lo cual esto representaba una verdadera necesidad de mano de obra. A cambio, los trabajadores inmigrantes podían gozar de una situación laboral mejor con respecto a la que hubieran podido alcanzar en sus propios países de origen.

La segunda fase (1974-1982), queda marcada por una fuerte crisis económica<sup>40</sup> cuyo países de acogida respondieron con políticas de inmigración

---

39 MARTÍNEZ MARTÍN J., “*El crecimiento económico en el Mundo desarrollado*”, Ediciones Akal, 1992, pág. 21

40 “En muchos países, el modelo de Sustitución de Importaciones empezó a tener problemas a fines de los años cincuenta y a principios de los sesenta. Con una percepción retrospectiva, se

muy restrictivas. Por eso que a las tradicionales regiones de inmigración se añadieron otras como Italia, Portugal o Grecia.

La tercera fase, a partir como hemos visto de 1982 hasta hoy, se caracterizó, desde el punto de vista económico, por una ulterior crisis de los países subdesarrollados y por la nueva toma de posición de las economías capitalistas<sup>41</sup>.

Además, en estos años se manifiestan profundamente los efectos de la “explosión demográfica” y por supuesto por los desastres económicos, ecológicos, políticos, sociales y culturales que alcanzaron un número siempre mayor de países; en esta fase, las migraciones internacionales asumen la forma de “una fuga para sobrevivir”<sup>42</sup>.

#### I.1.A. LA CRISIS ESTRUCTURAL

Queremos, entonces, destacar el periodo 1973-1983, momento de una profunda crisis estructural. Desde finales de los años cincuenta, muchos Estados europeos respondieron a la creciente demanda de mano de obra a través del reclutamiento de mano de obra extranjera. La llamada de los

---

pueden distinguir dos respuestas distintas frente al agotamiento de la fase sencilla del modelo ISI (y la inestabilidad política y económica resultante): el neoliberalismo y el neoestructuralismo. En algunos países existió el firme compromiso de adoptar, desde el principio, una pauta; en otro, las políticas dieron tumbos en varias direcciones. Sin embargo, en la década de los setenta, y gran parte de la de los ochenta se categorizaron las economías...” COLIN M., L., “Estado, mercado y sociedad” en PUYANA A., FARFÁN G., “Desarrollo, equidad y ciudadanía”, Plaza y Valdes, 2003, págs. 50-51

41 Para una visión más completa, Vid, entre otros: BRENNER R., “La economía de la turbulencia global”, Akal, 2009; GAMBLE A., WALTON P., “El capitalismo en crisis. La inflación y el Estado”, Siglo XXI, octava edición, 1997; LOPEZ J., “Teoría del crecimiento y economías semiindustrializadas”, Unam, 1991

42 VON HOFFMANN B., *Towards a Common European Immigration Policy*, Frankfurt an Main Peter Lang, 2003, pág. 35

trabajadores inmigrantes se realizaba sobre la base de convenios bilaterales firmados por los países de acogida con aquellos países de alta densidad demográfica, principalmente países del Mediterráneo como España, Italia, Túnez, Yugoslavia y Turquía. A principio de los años setenta, el empleo de mano de obra extranjera en los países de la Europa Occidental alcanzó su punto máximo<sup>43</sup>.

En términos numéricos, en 1970 Alemania empleó 3 millones de extranjeros los cuales correspondían al 3% de la población nacional, seguida por Francia (con 2,6 millones de extranjeros, el 5,3% de la población nacional), Suiza (1,2 millones equivalentes al 17% de la población nacional), y Bélgica con 700 mil extranjeros es decir el 7% de la población total. Los principales países de origen de los trabajadores fueron Italia (820 mil), Turquía (770 mil), Yugoslavia (540 mil), Argelia (390 mil), y España (320 mil)<sup>44</sup>. Sin embargo, las economías de los Estados europeos de acogida empezaron a manifestar los primeros síntomas de la crisis estructural determinada por el agotamiento de la función propulsora de aquellos sectores económicos – sobre todo el metalúrgico y la construcción- que atrajeron durante la fase de la reconstrucción posbélica.

Es cierto que tal crisis estructural tuvo su hecho histórico en la nueva fase del conflicto árabe-israelí que en 1973<sup>45</sup> llevó inexorablemente a la llamada “crisis del petróleo”<sup>46</sup>, la que tuvo como directa consecuencia la escasez de

---

43 FASSMANN H., MUNZ R., *Patterns and trends of International Migration in Western Europe*, Aldersholt, Edward Elgar, 1994, pág. 7-9

44 UNITED NATION, *Migration Workers 2, The social situation of migrant workers and their families*, New York, Department of international, economical and social affairs, 1986, pág. 5

45 “Las ofensivas egipcia y siria se iniciaron a las 14:00 horas del día 6 de octubre de 1973; 700 tanques atacaron las débiles unidades armadas israelíes en el Golán y se produjo un potente ataque de la artillería sobre la Línea Bar-Lev, que se rompió al anochecer”, FRASER T. G., “*El conflicto árabe-israelí*”, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 174

46 Además, los países árabes cuales mayores productores de petróleo utilizaron tal recurso como

este producto en el mercado internacional y, por supuesto, llevó a la recesión económica, que fue la motivación y la justificación del bloqueo puesto a la inmigración por parte de casi todos los Estados europeos. El problema fue que el aumento de la inmigración sin una demanda de mano de obra representó para los Estados europeos un incremento de los costes sociales y mayores problemas relacionados con el orden público y el desempleo.

El bloqueo a la inmigración vino actuado por parte de aquellos estados mayoritariamente “importadores” de fuerza de trabajo como Reino Unido, Francia, Holanda, Luxemburgo, Austria, Suiza, República Federal Alemana, Noruega y Suecia; países que “cerraron sus puertas” a cualquier flujo de trabajadores provenientes de territorios externos a sus propios reagrupamientos económicos-regionales. Estas medidas fueron adoptadas con el objetivo de controlar las entradas y sobre todo fomentar la repatriación de las personas presentes en su territorio nacional<sup>47</sup>.

A partir de este momento, el fenómeno migratorio nunca más será dejado al control de las estructuras administrativas, a los intereses de los empresarios y de los grupos de presión organizados; al contrario, será cada vez más una cuestión política que implicará también a la opinión pública, sensibilizándola progresivamente hacia el problema. En particular, la política del *laissez-faire* de los gobiernos europeos, que en el pasado favoreció el desarrollo del capitalismo industrial y que se basaba sobre el dejar los flujos migratorios al libre juego de factores productivos de manera que la inmigración fuera la

---

forma de presión hacia las naciones industrializadas de manera que todos aquellos países que se declararan a favor de Israel no habrían usufructuado del petróleo y habrían así tenido que pagar un precio más alto que por cierto habría interesado e interesó todos los productos manufactureros.

47 En materia de control de las entradas, entre otros, Vid. CHUECA SANCHO Á.G., “*Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*”, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 33 y ss.

herramienta más ventajosa para los industriales que querían arreglar las distancias entre demanda y oferta de trabajo, se sustituyó por con una política de intervención activa de los gobiernos<sup>48</sup>.

Este papel activo de los gobiernos nacionales originó leyes que nacieron desde la voluntad de los funcionarios administrativos y no fueron nunca objeto de discusión parlamentaria. Además, los gobiernos europeos decidieron interrumpir los convenios bilaterales firmados con los países de origen de manera unilateral y por supuesto sin interpelarlos.

A las motivaciones económicas tenemos que añadir otros tipos de razones entre las cuales destaca la representada por la presión, en los años '70 y '80, de grupos de nacionalistas que generalmente actuaban a través de partidos políticos de derecha en los principales países de acogida; injerencia utilizada para que los gobiernos nacionales frenaran la inmigración que venía percibida como una amenaza a la identidad nacional.

A nivel nacional, los Estados europeos empezaron creando específicas leyes sobre inmigración y quien ya había legislado en tal sentido, como Reino Unido<sup>49</sup>, empezó a incluir la inmigración en los debates políticos; en el caso de Inglaterra que con Enoch Powell, miembro del *Conservative Party*, durante la campaña electoral precedente a las elecciones políticas de 1970 admitió haber sufrido influencias por las políticas migratorias. También en Francia, como respuesta a las preocupaciones que iban difundiéndose acerca de los problemas de la inmigración, en 1972, emanó las “circulares Marcellin-Fontanet”<sup>50</sup> que de hecho limitaban las concesiones de los permisos de residencia y más, “estas

---

48 En este sentido Vid.: LAHAV G., *Immigration and politics in the new Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pág. 56

49 Reino Unido, con el Commonwealth Immigrants Act del 1972, fue el primer país que emanó una ley que limitara los flujos migratorios.

50 Marcellin fue Ministro del Interior mientras Fontanet fue Ministro del Trabajo, del Empleo y la Población. Ambos en los años '70.

circulares, aparentemente anodinas, permitieron recurrir a medidas arbitrarias y a la expulsión de numerosos emigrados”<sup>51</sup>.

La misma orientación tuvieron Alemania, Italia y en mínima parte España; es decir los Estados cerraron sus fronteras a los nuevos inmigrantes con el propósito de que los trabajadores emigrantes y sus familias volvieran a su propio país de origen. La verdad es que la población extranjera siguió creciendo. Las causas de tal crecimiento se pueden encontrar en la posibilidad de reagruparse con sus propios familiares, en el aumento de las demandas de asilo y también, en motivos relacionados con la firma de los Convenios de Asociación de países terceros con aquellos de la (originaria) Comunidad Económica Europea<sup>52</sup>.

Los inmigrantes empezaron a quedarse en el territorio de los Estados de acogida creando una nueva vida: compraban pisos, llevaban y matriculaban a sus hijos en las escuelas y empezaron también sus propias actividades empresariales. En muy breve tiempo, los inmigrantes y sus descendientes formaron parte activa de la sociedad y de la cultura de la Europa occidental<sup>53</sup>.

Surge entonces un nuevo aspecto, que las políticas de inmigración tenían que poner de releve, como es el de la integración de los ciudadanos extranjeros residentes en el territorio de acogida. En este ámbito los Estados europeos

---

51 ZIDANE Z., MARÍN GUZMAN R., *Arabes y Musulmanes en Europa. Historia y procesos migratorios*, Editorial UCR, 2006, pág. 41. Siempre los mismos autores (págs. 41-42): “oficialmente estos textos proponen tres objetivos: 1) proteger el mercado del trabajo francés, asegurando una prioridad de empleo a los trabajadores metropolitanos y a los extranjeros establecidos en el territorio nacional; 2) evitar que la mano de obra recientemente empleado se sume a la población de los cinturones de miseria y de los alojamientos insalubres, 3) simplificar los tramites mediante el establecimiento de un procedimiento único para la obtención de las tarjetas de estancia y de trabajo. Esta medida se propone ligar los dos documentos, de manera que un emigrado sólo pueda llegar a Francia si está provisto de un contrato de trabajo”.

52 En este sentido, AJA E., DIEZ L., “*La normativa sull'immigrazione....*” op. cit., pág. 243

53 En este sentido: GEDDES A., *Immigration and Europe integration: towards fortress Europe?*, New York, Manchester University Press, 1999

adoptaron diferentes enfoques tales de reflejar sus propias estructuras socio-políticas, sus propias experiencias en materia de inmigración y claramente las diferentes presiones de la opinión pública nacional en dicha materia. En relación a todos estos factores interiores se crearon modelos de integración diferentes: por ejemplo, Alemania creó un modelo de asimilación mientras Suecia adoptó políticas de promoción de una sociedad multicultural.

Tenemos que destacar como en este ámbito todos los Estados de acogida se preocuparon de las repercusiones sociales de las concentraciones de los inmigrantes y del “peso” financiero que ellos representaban. La mayor inquietud estaba ligada con los problemas de aguanete de las infraestructuras sociales en áreas de alta concentración de población inmigrantes, así como las implicaciones de su permanencia a largo plazo.

## **I.2 EL PROCESO MIGRATORIO DESDE 1982 HASTA HOY**

En los años 80, muchos países europeos tuvieron que tomar conciencia del hecho que los trabajadores extranjeros se establecieron permanentemente en sus territorios y que la inmigración pasó de ser un problema económico y demográfico a ser una cuestión social y política. Tenemos que añadir también la presencia de nuevos factores interiores es decir, los nuevos flujos migratorios que derivan de las fuerzas expulsivas de los países de origen. Estas fuerzas expulsivas fueron de varios tipos; las más importantes fueron los conflictos políticos, militares y las guerras civiles estalladas sobre todo en África subsahariana.

En el caso de España, “las guerras endémicas y la pobreza constituyeron los dos factores más señalados para explicar los flujos migratorios hacia España”<sup>54</sup>. Existían también otros factores como las carestías y las crisis económicas que causaron grandes movimientos de personas y que alcanzaron sobre todo Sur América.

En 1989 se verificó un segundo gran factor de cambio: la caída del muro de Berlín la cual permitió superar el equilibrio bipolar dictado por la Conferencia de Yalta, equilibrio sustituido por un nuevo orden mundial todavía en fase de definición y que se temía, hubiera podido causar grandes movimientos de personas<sup>55</sup>. En relación con este pasaje, hoy en día podemos afirmar, como consecuencia, que “en los últimos 40 años se ha producido una transformación

---

54 NASH M., *“Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española”*, Icaria, Barcelona, 2005, pág. 71

55 “Aunque el objetivo inicial de la movilización política internacional de la primera mitad de la década de los noventa era procurar un marco de estabilidad política que impidiera posteriores movimientos de fronteras, el convulso periodo que siguió a la caída del Muro de Berlín también sirvió para consolidar en la opinión pública las ideas que a favor del respecto activo de la diversidad venían extendiéndose desde las décadas anteriores”, RUIZ VIEYTEZ E. J., *“Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los Derechos Humanos”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 76



sustancial en el origen y trato a la inmigración que está afectando al propio sistema económico, social y cultural de los países miembros de la UE y a los de su entorno Europeo. La situación se ha acentuado por la caída del sistema comunista y la desaparición y disgregación de algunos Estados clave de la política internacional de la segunda mitad del siglo XX como fue la antigua URSS”<sup>56</sup>.

En particular, este miedo, advertido sobre todo por Alemania, derivaba del hecho que con la caída del bloque soviético hubieran venido menos aquellas restricciones a la inmigración que hasta entonces habían frenado los flujos hacia el Occidente. Este factor, junto con la creciente inestabilidad económica de estas regiones, pareció crear las condiciones para que millones de emigrantes, impulsados por motivos económicos, se trasladaran de este hasta oeste en búsqueda de una vida mejor. “En este conjunto de personas en movimiento era difícil poder distinguir los emigrantes “políticos” de aquellos “económicos”. Tal distinción existía desde un punto de vista legal y político, pero no existía en la realidad social; por eso empezó difundiéndose el miedo a que la política fuera incapaz de gestionar este asunto y esto no hizo más que empeorar la situación a través del fortalecimiento de los movimientos xenófobos”<sup>57</sup>.

Además, Alemania, recelosa de estos movimientos de personas, al fin de circunscribir el problema, presionó el Consejo de Europa para que proporcionara, a lo largo de las Conferencia de Viena de 1991 y la IV Conferencia de los Ministros responsables de la emigración, una resolución

---

56 CALDERER I REIG A., SAGARRA TRIAS E., *“La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los Derechos Fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España”*, Universidad de Barcelona, 2002, pág. 46

57 MILES R., THRANHARDT D., *Migration and European Integration*, London, Pinter Publishers Ltd, 1995, pág. 63

que contemplara una cooperación que se extendiera más allá de los confines de la Comunidad Europea y que por lo menos incluyera también los países del ex bloque soviético.

También los conflictos en la ex Yugoslavia llevaron a una intensificación de los flujos hacia, sobre todo, Alemania, Austria, Italia y Suiza. Estos eventos geopolíticos generaron un elevado número de solicitantes de asilo en Europa occidental; en 1992 se presentaron 693 mil solicitudes y más de 438 mil solo en Alemania. Los Estados europeos en aquel entonces se dieron cuenta de que, no obstante las medidas restrictivas aplicadas a las entradas, el fenómeno migratorio seguía creciendo, ahora no solamente a causa de las reagrupaciones familiares y solicitudes de asilo, sino a causa de los “efectos colaterales” de tales reglamentaciones que de hecho habían conseguido limitar la inmigración legal pero no la ilegal o irregular<sup>58</sup>.

Tenemos además que señalar como el momento histórico concreto, y de hecho sigue siendo así, veía y ve, un traslado de personas que dejaban (y dejan), su país de origen hacia territorios que parecían en fuerte expansión económica tanto que, “el vínculo entre crecimiento económico e inmigración irregular, en contextos de políticas restrictivas a la inmigración, queda muy claro cuando analizamos lo ocurrido en España en la última década. Más de 4.500.000 de personas han inmigrado en este periodo, lo que nos ha convertido en el país de Europa que ha tenido, en estos años, mayores flujos de inmigración”<sup>59</sup>. Los gobernantes se dieron cuenta de que para encontrar una solución a largo plazo era absolutamente necesaria una colaboración con los

---

58 Estos “efectos colaterales” fueron visibles sobre todo en el mercado del trabajo donde algunos sectores empleaban mano de obra “irregular” en lugar de aquella regular.

59 PAJARES M., “*Inmigración irregular y política de fronteras de la Unión Europea*”, en CHUECA SANCHO Á. G., GUTIÉRREZ CASTILLO V. I., BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ I. (Coord.), “*Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*”, Huygens Editorial Barcelona, Fundación Tres Culturas Sevilla, 2009, pág. 131

demás países europeos.

En realidad, por lo menos al principio, cada Estado europeo, a excepción de Alemania cuya Constitución no permitía una política de no acogida de los inmigrantes, siguió empeñándose en una política de desincentivo de la inmigración a nivel nacional, limitando lo más posible la entrada de inmigrantes y solicitantes asilo; esperando con eso que el país vecino fuera considerado una meta más atractiva<sup>60</sup>.

Esta toma de conciencia encontró apoyo gracias a la presión de los partidos políticos y de los movimientos que se ocupaban de temas conexos a la materia, los cuales, a través de la introducción de la inmigración entre los puntos programáticos de sus campañas electorales, consintieron dar forma política a la materia.

#### I.2.A. CRISIS DEL SUR Y ESTE DEL MUNDO

Según los factores hasta aquí considerados y debido al crecimiento de nuevas comunidades étnicas y raciales, sobre todo en los territorios europeos, en los años 80 muchos sujetos políticos empezaron a expresar la intención de intensificar los esfuerzos para integrar los inmigrantes legales ya instalados en sus territorios.

Los datos Eurostat demostraron que como consecuencia del pico de casi 1 millón de personas en los años noventa, la emigración neta en la Unión Europea disminuyó rápidamente, para empezar a subir hasta 700 mil personas

---

<sup>60</sup> En este sentido Vid. el ya citado: MILES R., THRANHARDT D., *Migration and European Integration*, London, Pinter Publishers Ltd, 1995, pág. 63 y ss.

en 1999<sup>61</sup>.

En los años 1990-1998 la composición de la población inmigrante resultaba ser: la tasa migratoria neta de la UE fue del 2,2 por mil personas contra el 3 de EE.UU, el 6 de Canadá y prácticamente el 0 por Japón. Los flujos se componían de una combinación de personas: solicitantes de asilo, evacuados y solicitantes de protección temporal, familiares que se reagrupaban con inmigrantes ya establecidos en la UE o trabajadores inmigrantes a causa de una actividad económico-profesional. La reagrupación familiar y la existencia de comunidades étnicas de sus países de origen en un determinado territorio, representaron factores importantes con referencia a la entidad y dirección de los procesos migratorios. En este sentido, “los flujos devinieron más flexibles, en particular se registró un aumento de las estancias breves y transfronterizas lo que configuró una entrada pero también una salida del territorio de la Unión”<sup>62</sup>.

En 1999 una nueva crisis, la de Kosovo<sup>63</sup>, creó el desplazamiento de 1 millón de personas y Europa tuvo que enfrentarse al problema de los refugiados que se hallaban más cerca de los confines europeos. Esta crisis fue lo que convenció a los Estados a delegar partes de sus propias competencias a un nivel supranacional.

En relación con la inmigración ilegal, esta resultó empeorar: siguió creciendo de manera exponencial con respecto a la legal. Haciendo referencia a este dato, Europol afirmó que “cada año entran mas de 500 mil inmigrantes irregulares, que existe una diversificación en los países de origen, que desde

---

61 Datos sacados en la pagina web: [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration\\_asylum](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum), Eurostat 1999

62 Comisión de la Unión Europea, Programa de acción a favor de los trabajadores inmigrantes y sus familias, suplemento 3/76-Bol. CE

63 Vid. ANGOSO GARCÍA R., “*Kosovo, las semillas del odio. Cuando se rompen las fronteras de Europa*”, Plaza y Valdes Editores, 2009, en particular págs. 63 y ss.

1994 se constata una disminución en las solicitudes de asilo, que el reagrupamiento familiar representa la categoría más importante de la inmigración, que existe un aumento en el número de trabajadores extranjeros, que aumentan las mujeres extranjeras en el mercado del trabajo, que hay un creciente número de inmigrantes en el sector de los servicios así como un aumento de los trabajadores extranjeros en el sector del trabajo autónomo<sup>64</sup>.

En relación con la integración a nivel nacional, es necesario subrayar como todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea reservaron un tratamiento jurídico específico y profundamente diferenciado a los ciudadanos de países terceros que hizo particularmente problemática y poco eficaz la estrategia de gobierno en la gestión de la integración de los inmigrantes. Una cuestión particularmente difícil fue aquella ligada al estatus de residente de largo plazo que se concretaba en una autorización de residencia permanente o de validez ilimitada o en un permiso de establecimiento.

El primer criterio para adquirir estas autorizaciones de larga duración era regular la permanencia en el territorio que podía variar desde los dos hasta los quince años. La validez del estatus y del título de estancia tenían diferentes duraciones. El estatus era, en general, permanente, mientras que el título tenía que ser renovado<sup>65</sup>. En la mayoría de los Estados miembros, los residentes de “larga duración” pudieron beneficiarse de la seguridad social y de la asistencia social al mismo nivel que los ciudadanos autóctonos. Se entiende entonces como el estatus de residente de larga duración garantizaba mayores certidumbres jurídicas a su propio titular que gozaba y sigue gozando también

---

<sup>64</sup> Fuente Europol 1994, [www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu)

<sup>65</sup> En trece Estados miembros, el estatus de residente permanente era requisito necesario para acceder al mercado del trabajo sin restricciones algunas.

de una mayor tutela contra la expulsión.

No podemos olvidar como la integración de la inmigración en los Estados miembros conllevó un crecimiento preocupante de actos xenófobos<sup>66</sup>. La misma European Union Agency for Fundamental Rights en su informe, “*Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU*” de 2007, confirmaba el aumento de la inmigración y el rechazo de la población musulmana, sobre todo después del 11 de Septiembre de 2001<sup>67</sup>. Por otro lado, la presencia de refugiados y solicitantes de asilo sacó a la luz el problema del respecto de los Derechos Humanos, es decir, a pesar de que todos los Estados europeos firmaron los Tratados de protección de los Derechos Humanos, la aplicación práctica de los mismos fue fundamentalmente solo de los Estados de la Europa del Norte.

Además, algunas ONGs, pidieron la intervención de las autoridades europeas para garantizar el respecto de los Derechos Humanos en la zonas de la Europa Mediterránea. Este periodo se caracterizó entonces por la aparición, en el escenario de la economía mundial, de países y pueblos que hasta entonces se quedaron extraños y aislados<sup>68</sup>.

---

66 “La identificación del racismo con el antisemitismo y, especialmente, con el nazismo, funciona como una justificación: permite refutar el carácter racista de la xenofobia que se dirige hacia los inmigrados”, WALLERSTEIN I., BALIBAR E., “*Raza, Nación y Clase*”, Iepala, 1991, pág. 75

67 La European Union Agency for Fundamental Rights ayuda a garantizar que los derechos fundamentales de las personas que viven en la UE están protegidos. Esto lo hace mediante la recopilación de pruebas sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y el asesoramiento, basado en la evidencia, acerca de cómo mejorar la situación. La Agencia también informa a las personas sobre sus derechos fundamentales. Al hacerlo, contribuye a hacer de los derechos fundamentales una realidad para todos los miembros de la Unión Europea. Entre sus labores, publica informes como lo citado: EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “*Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU*”, 2007, pág.19 y ss.

68 Nos referimos por ejemplo a “los dragones de Asia”. Uno de los más destacados fenómenos acaecidos en la escena económica mundial en las últimas décadas ha sido la aparición de los Nuevos Países Industriales Asiáticos (NPIAs). Los dragones es el nombre con el que se ha dado a conocer a los NPIAs, más concretamente a cuatro países de la región: Corea del Sur,

Se afirmaron y emergieron polos políticos y económicos extra europeos como Estados Unidos, Japón o China. Por contra, Europa empezó a perder su control acercándose de hecho a la búsqueda de una nueva colocación. Se desarrolló entonces un proceso de interdependencia y globalización donde aumentaron los flujos migratorios y se reestructuraron los circuitos dentro de los cuales desplazarse.

La unificación y la intercomunicabilidad del Mundo moderno anuló todas las distancias comportando una transformación extraordinaria que lamentablemente no logró eliminar los desequilibrios internacionales, al contrario, intensificó las disparidad entre países ricos y países pobres. En esta realidad, resultó muy difícil parar los flujos migratorios, un movimiento que se desplazaba de los países del hambre hacia aquellos de la riqueza; una inmigración entonces bíblica e inimaginable que recordó y en parte recuerda la de hace un siglo, que ocupó América del Norte y parte de Latinoamérica de europeos.

Podemos entonces resumir la situación migratoria desde la caída del la Unión Soviética hasta hoy así: a) las migraciones internacionales que interesaban a los países europeos provenían casi exclusivamente de países terceros con respecto a la Unión Europea. En este mismo periodo de tiempo las

---

Taiwan y las ciudades estado Singapur y Hong Kong. De toda la región del pacifico, la parte asiática, en concreto los cuatro dragones, es la que ha registrado en las tres ultimas décadas un crecimiento económico mas alto y la que dispone de un mayor potencial de desarrollo. Los cuatro dragones partieron en los años cincuenta de una situación de extrema pobreza, lo que llevó a cada uno de ellos a intentar reorganizar su actividad económica, dando lugar a que en el periodo comprendido entre 1960 y 1990 hayan obtenido un crecimiento económico muy rápido, en especial en el sector manufacturero, convirtiéndose en exportadores preeminentes. Estos países vienen manteniendo desde los años sesenta un nivel de crecimiento económico muy elevado y sostenido, claramente superiores a los resultados obtenidos por los países de la OCDE. En este sentido Vid.: ARACIL R., OLIVER J., SEGURA A., *“El Mundo actual. De la Segunda Guerra Mundial a nuestros días”*, Edicions Universitat de Barcelona, 1998, pág. 227 y ss. Vid. también: BUSTELO P., GARCÍA C., OLIVIE I., *“Estructura económica de Asia Oriental”*, Ediciones Akal, 2004, pág. 268 y ss.

migraciones infla-comunitarias<sup>69</sup> cesaron casi totalmente y empezaron verdaderos flujos de vuelta; b) el conjunto de países extra-europeos emisarios de los flujos migratorios se amplió. Ya no se trataba, como ocurrió en los años setenta, solamente de ex colonias<sup>70</sup>, cuyos migrantes se dirigían hacia la “vieja madre patria”, sino de un flujo globalizado que prescindía de anteriores ligámenes históricos; c) en cuanto a los Estados de destino, no se trataba solamente de países de vieja industrialización de la Europa Continental y atlántica, sino de los países de la Europa Mediterránea (principalmente España, Italia, Grecia y Portugal); d) a partir de la mitad de los años setenta la inmigración extranjera hacia la Europa Occidental no representaba la respuesta a una demanda explícita de mano de obra (preferentemente industrial), proveniente del sistema de las empresas. Los inmigrantes respondían a una demanda de trabajo, pero a una demanda implícita u oculta (trabajo irregular), que se concentraba en los servicios y en la agricultura; e) como consecuencia de lo expuesto en la anterior cuestión (d), y bajo el punto de vista jurídico, la inmigración se había polarizado: la componente regular se reducía gradualmente y resultaba compuesta preferentemente por familiares de trabajadores extranjeros regulares ya presentes en el territorio. La componente irregular, al contrario, crecía, creando de hecho las promesas para el desarrollo de organizaciones ilegales de explotación de la inmigración clandestina; f) paralelamente al seguimiento significativo de los flujos de inmigración de carácter preferentemente económico, se manifestó un potencial creciente de inmigración forzada, es decir, originada por la necesidad de escapar de las

---

<sup>69</sup> Es decir las migraciones desde la Europa Mediterránea hacia la Europa Continental.

<sup>70</sup> Hoy en día, y “respecto a la inmigración que provenía de las ex colonia, el cambio ha sido radical, puesto que ya no se trata de acomodar a nacionales o ciudadanos de las colonias en la metrópoli, sino de regular de forma individualizada los flujos de emigración y de regular los derechos que corresponden a los ex ciudadanos y sus familias”. CALDERER I REIG A., SAGARRA TRIAS E., “*La legislación sobre extranjería....*”, op. cit., pág. 47



persecuciones o de las condiciones de guerra, carestía, opresión, violencia generalizada y difusa en el país de origen. Esta tendencia se acentuó después de 1989 cuando la disgregación del bloque socialista<sup>71</sup> dio lugar a numerosas situaciones locales de grave inestabilidad política y de conflicto<sup>72</sup>.

### I.2.B. LA INTERVENCIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Como ya se puede comprender, a lo largo de la historia de la integración europea, la reglamentación en materia de inmigración fue prácticamente directa competencia de los Estados miembros. “Esta situación explica porqué por un largo periodo no hubo desarrollo de una política común en materia de inmigración y asilo”<sup>73</sup>.

Además de la voluntad de los Estados para mantener un control exclusivo en la materia, tenemos que señalar el hecho de que los Tratados originarios de la Comunidad Europea, no contenían una disciplina específica sobre el fenómeno de la inmigración y sobre todo de la integración de los ciudadanos provenientes de terceros países. Las motivaciones de esta falta son principalmente, dos: en primer lugar tenemos que tener presente cómo en la época de los padres fundadores de la Comunidad Europea, la inmigración no representaba un fenómeno cuantitativamente relevante y no se consideraba un

---

71 Resulta interesante el libro de BLACKBURN R. (compilador), “*Después de la caída. El fracaso del comunismo y el futuro del socialismo*”, Editorial Cambio XXI, 1994. El libro cuenta, entre otros, con la participación de Norberto Bobbio y Eduardo Galeano

72 En este sentido: PASTORE F., “*Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra allargamento e costituzionalizzazione*”, en VACCA G., (a cura di), “*Il dilemma euroatlantico. Rapporto 2004*” della fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea, Dedalo, Bari, 2004, pág. 238-239

73 GUILD E., NIESSEN J., “*The developing Immigration an Asylum Policies of the European Union*”, Hague, Kluwer Law International, 1996, pág. 11

problema tan grave para que se solicitara la coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros.

En segundo lugar, es necesario recordar que la integración europea tuvo un origen más económico que social; siguiendo la idea de la integración por sectores<sup>74</sup>. Las pocas disposiciones del TCE de 1957 en tema de política social, contenidas en los antiguos artículos 117 y ss, confirmaban la naturaleza económica que se quiso dar a la construcción europea. La formulación genérica de las normas en materia de seguridad social y de prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras, junto a la pobreza de los medios de intervención a disposición demostraban cómo el legislador comunitario estaba convencido que la mejora de las condiciones sociales hubiera llevado a una lógica consecuencia de ineficacia de la integración económica.

A lo largo del tiempo se asistió a una mayor intervención por parte de las instituciones comunitarias en el sector social. En particular, creció el interés hacia la inmigración, en relación, por cierto, con la mayor relevancia y complejidad que el fenómeno estaba asumiendo a nivel europeo. Las primeras tímidas intervenciones de la Comisión y del Consejo para disciplinar esta materia se pueden remontar a la progresiva realización, en Europa, de un mercado común.

El fenómeno de la inmigración empezó a ser tratado a nivel comunitario como un tema complementario al de la plena realización de la libre circulación

---

74 p.ej. la CECA creada en 1952 por iniciativa franco-alemana con el fin de meter en común los recursos europeos en la producción del carbon y del acero. A continuación, seis Estados Europeos se comprometieron a desarrollar un verdadero proceso de integración en el campo del mercado común y de la energía nuclear. Nacieron así, en 1957, la CEE y EURATOM, según un nuevo concepto de integración horizontal, basado sobre la creación de una unión económica entre los países participantes, que debía ser realizada gradualmente mediante el desarrollo de un mercado común donde se garantizaba la libre circulación de los factores productivos (trabajo, mercancía, servicios y capitales).

de las personas. Dentro de este marco se desarrollaron los primeros tentativos de las instituciones comunitarias de desarrollar acciones coordinadas con los Estados miembros en materia de trabajadores no comunitarios, vista su competencia exclusiva en tal materia. En algunos casos, la intervención afectó a los trabajadores sea comunitarios que extranjeros.

En particular, la toma de conciencia de que la inmigración fuera un problema económico y social, fue advertido ya después del *shock* del petróleo de 1973, año donde los Estados europeos empezaron a intervenir en las políticas de inmigración bloqueando el reclutamiento de trabajadores extranjeros. Estas nuevas normativas de control de la inmigración nacían desde el nuevo contexto económico donde, en una situación de crisis económica, la presencia de un sujeto inmigrado tenía un verdadero peso económico y social más que representar unos recursos como en años anteriores.

Al mismo tiempo, a nivel comunitario, en estos años, se iniciaron los primeros procesos de ampliación de la Comunidad que llevaron una serie de cuestiones ligadas a la libre circulación de las personas, a la abolición de las fronteras interiores y a la seguridad.

En este contexto, la Comunidad Europea, además de los Estados, empezó progresivamente a ocuparse del problema en particular a través de dos elementos: las modalidades de los ingresos y estancias de los ciudadanos provenientes de Estados terceros y la armonización de las políticas de inmigración de los Estados miembros.

El primer documento comunitario en materia de política migratoria fue de octubre de 1972, redactado a lo largo de una Conferencia de los Jefes de Estado y de gobierno. En tal ocasión, la Comisión solicitó al Consejo de relanzar una acción de intervención en el sector social. El Consejo se hizo receptor de la invitación y el 21 de enero de 1974 dictó una Resolución sobre

el Programa de acción social<sup>75</sup>. El programa de acción, en principio, no fue un acto vinculante para los Estados miembros, en él se refundían los principios que habrían compuesto la base de las futuras políticas de inmigración dentro de la Comunidad Europea, políticas que afectaban directamente a los trabajadores extranjeros y a sus familias. En particular, tal programa se ocupó de los problemas sociales que conllevaba la inmigración y promocionaba la formación de consultas en materia de inmigración<sup>76</sup>.

El límite de este documento fue que tales políticas alcanzaban el aspecto de la libre circulación de migrantes en los territorios de la Comunidad y no a las relaciones con terceros países desde los cuales provenían los inmigrantes. En aplicación de tal resolución, la Comisión, en el mismo año, presentó un programa de acción a favor de los trabajadores migrantes y sus familias.

En este documento, la Comisión evidenciaba la complejidad del problema admitiendo que “la ausencia de coordinación comunitaria de las políticas en materia de migración ha constituido uno de los principales factores de

---

75 El cambio de la situación económica del inicio de la década de los setenta, y su punto álgido en la llamada crisis del petróleo de 1973, la elevación de la tasa de desempleo, la presencia de distintos gobiernos socialdemócratas en varios Estados miembros, y la participación creciente de las fuerzas sociales, permitieron la aparición de un cambio de orientación. De esta manera, a partir de las Conferencias de La Haya (1969) y París (1972) se encargó a los órganos comunitarios la elaboración de específicos Programas especiales sobre las actividades sociales. Sin embargo solamente el Programa de acción social de 21 de enero de 1974 logrará ofrecer una política social comunitaria más relevante. Este programa presentaba tres objetivos: “la realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad”, “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permitan, a través de la promulgación de directivas armonizadoras, al equiparación en el progreso”, y “la participación creciente de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas”. Sin embargo, se hay que destacar que tanto en este programa, como en otros posteriores, la mayoría de las acciones programadas no fueron realizadas. Habrá que esperar hasta la mitad de la década de los ochenta para empezar a ver cumplidos los objetivos de estos planes. Fruto de este Programa se aprobaron una serie de Directivas que tenían como finalidad fundamental la limitación de la conflictividad social derivada de los cierres masivos de empresa y de la ausencia de garantías para los trabajadores en situación de insolvencia.

76 Resolución del Consejo de Europa sobre el “Programa de acción social” en GU C. núm. 13 del 12 de Febrero de 1974, pág. 1 suplemento 2/74-Boll.CE

utilización desordenada y mal organizada de la mano de obra, contribuyendo, también, a la concentración de esta última en las regiones centrales de la Comunidad con el consecuente agravio de las dificultades en las regiones periféricas, con todos los problemas sociales y económicos consecuentes”<sup>77</sup>.

Es verdad también que las instituciones comunitarias, Consejo y Comisión, habían empezado a ocuparse de la materia pero no tenían competencia, por lo tanto no pudieron hacer otra cosa que dictar recomendaciones no vinculantes para los Estados. La voluntad de cooperación en materia no venía solamente desde la Comisión, hubo algunos Estados miembros que subrayaron la necesidad de cooperar para mejorar la libre circulación de las personas. Justamente a partir de esta exigencia, empezaron las primeras cooperaciones entre Estados miembros con el propósito de armonizar las políticas de inmigración y asilo.

#### I.2.C. EL GRUPO DE TREVI Y LOS ACUERDOS DE SCHENGEN DE 1985

En 1975 se creó el primer grupo de trabajo que tenía la función de coordinar las estrategias anti terroristas de los gobiernos europeos: el Grupo de Trevi compuesto por los Ministros de Justicia y de Interiores así como por altos funcionarios estatales de los países pertenecientes a la CEE. Entre las materias de las que se ocupaba, las cuestiones relativas al control de la inmigración eran las más importantes y además, precisamente en este sector, se obtuvieron los primeros resultados.

Recordamos la coordinación de las directivas en materia de concesión de los

---

<sup>77</sup> Comisión de la Comunidad Europea, Programa de acción a favor de los trabajadores migrantes y de sus familias, suplemento 3/76-Boll. CE

visados, la cooperación para evitar el uso ilegal de los pasaportes y el desarrollo de políticas comunes para eliminar el uso impropio de derecho de asilo. Aunque fueron pequeños pasos hacia una armonización formal, el Grupo de Trevi representó un paso adelante porque permitió intensificar los coloquios entre Ministros y altos funcionarios de los Estados miembro<sup>78</sup>.

Desde estas consultas, además, se formó un proceso de cooperación no formal en materia de inmigración que a lo largo del tiempo se tradujo en la creación de organismos oficiales. Pensemos por ejemplo en las consultas intergubernamentales en el marco del Consejo de Europa o las conferencias de los Ministros europeos responsables de los problemas de la inmigración. A pesar de que en 1976 el Consejo, con una nueva resolución<sup>79</sup>, confirmó la necesidad de una armonización de las políticas en materia de inmigración y la necesidad de equiparar los trabajadores inmigrantes con los nacionales, en realidad, hasta 1985, la política de inmigración continuó excluida de la agenda de la Comunidad.

En general, a finales de los años setenta, principios de los ochenta, a pesar de la convergencia de las políticas migratorias de los Estados de acogida y a pesar de los desarrollos y logros de la Comunidad económica, las políticas sobre inmigración y residencia de los ciudadanos de terceros países, siguieron siendo materia exclusiva de los Estados. En estos años, la Comunidad se ocupó también de las políticas de inmigración pero en términos de integración de los ciudadanos de terceros países más que de la libre circulación de las personas. Entre las políticas de integración desempeñaba un papel importante la educación de los hijos de los inmigrantes. El 27 de julio de 1977 se dictó la

---

<sup>78</sup> Esto aunque considerando que se reunieron solamente seis veces en 12 años.

<sup>79</sup> Resolución del Consejo de Europa del 9 de Febrero de 1976, relacionada con el programa de acción a favor de los trabajadores migrantes y sus familias, en GU C 34/2 del 14 de Febrero de 1976.

Directiva CEE relativa a la enseñanza de los idiomas de los países de origen en las escuelas públicas para los hijos de los inmigrantes. Cada Estado acató las líneas guías de la Directiva, sin embargo, su aplicación fue concretamente diferente. Suecia, por ejemplo, actuó con una política de bilingüismo en todas las escuelas públicas. Lo mismo ocurrió en Inglaterra mientras que en Alemania, donde la educación era materia de competencia exclusiva de los *lander*, hubo una verdadera y territorial aplicación: en Berlín se aplicó una política de interculturalidad mientras que en *lander* como el de Baden-Wurtemberg se crearon escuelas y clases solamente para los hijos de los inmigrantes, con el propósito de favorecer la vuelta a la patria. Con el tiempo, las políticas alemanas intentaron mantener los orígenes de los ciudadanos a través de la enseñanza complementaria de tales idiomas en las escuelas públicas, pero solamente con el propósito de integrarlas en el contexto social alemán<sup>80</sup>.

Los años ochenta, hemos visto, fueron los años en que los Estados miembros de la Comunidad Europea se dieron cuenta de que las políticas restrictivas, aplicadas después de la crisis del petróleo, no funcionaban; por lo tanto, pensaron circunscribir el problema interviniendo directamente en los países de origen.

A tal propósito, en 1983, Francia, España<sup>81</sup>, Italia y Portugal, iniciaron los primeros diálogos con los países del Maghreb. Además, los años ochenta signaron el inicio de un debate sobre el concepto de libre circulación de las personas. Para algunos Estados miembro, la libre circulación tenía que

---

80 ROGERS R., “*Guest come to stay. The effect of European Labor Migration on Sending and Receiving Countries*”, Boulder et Londres, Westview Press, 1985, pág. 87

81 Vid. LARRAMENDI M. H., NÚÑEZ J. A., “*La política exterior y de cooperación de España en el Magreb (1982-1995)*”, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, 1996, págs. 91 y ss.

aplicarse exclusivamente a los ciudadanos europeos. Esto significaba mantener el control de las fronteras para distinguir entre ciudadanos europeos y los de terceros países. Otros países, querían alcanzar una libre circulación para todos, con lo cual se tenían que eliminar todos los controles a las fronteras<sup>82</sup>.

En 1985 se obtuvieron importantes avances sea a nivel intergubernamental que comunitario. A nivel intergubernamental, se intensificaron las consultas entre Estados que llevaron no sólo a un intercambio de informaciones sino, también, a compartir los problemas relativos a la libre circulación de las personas. Además, vista la imposibilidad de encontrar un acuerdo en sede comunitaria, Alemania, Francia, Luxemburgo, Bélgica y Países Bajos, decidieron, el 14 de Junio de 1985, crear entre ellos, un territorio sin fronteras, el conocido espacio Schengen dentro del cual funcionaba el conocido Sistema de Información Schengen (SIS)<sup>83</sup> y que según señala Mariona Illamola Dausá,

---

82 Las motivaciones para que algunos Estados europeos mantuviesen tal posición decidiendo no participar a los acuerdos de Schengen, fueron, en parte, consecuencia del hecho que, aunque mostraban interés en crear un mercado único, tal interés estaba acompañado por la propensión de los Estados miembros a mantener el control directo sobre la inmigración de manera que se pudiera prevenir la “importación” de la criminalidad y frenar la presión sobre el estado social.

83 “El espacio “Schengen”, nombre de la ciudad luxemburguesa donde se firmaron los primeros acuerdos. Tras la firma del Tratado de Amsterdam, esta cooperación intergubernamental se incorporó al acervo de la UE el 1 de mayo de 1999. El 14 de junio de 1985 se firmó, pues, el primer acuerdo entre los cinco países fundadores. Se elaboró un Convenio, que se firmó el 19 de junio de 1990. Desde su entrada en vigor en 1995, éste ha permitido suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el espacio Schengen con arreglo a procedimientos idénticos. Por otra parte, se han adoptado algunas normas comunes en materia de visado, derecho de asilo y control en las fronteras externas con el fin de permitir la libre circulación de personas en los países signatarios sin perturbar el orden público. Desde esa perspectiva, con objeto de conciliar libertad y seguridad, esta libre circulación se acompañó de medidas llamadas «compensatorias». Se trataba de mejorar la cooperación y la coordinación entre los servicios de policía y las autoridades judiciales para proteger la seguridad interior de los Estados miembros y, en particular, para luchar contra la delincuencia organizada. Ése era el contexto en el que se creó el Sistema de Información Schengen (SIS). El SIS es una base de datos sofisticada que permite a las autoridades responsables de los Estados Schengen intercambiar datos sobre determinadas categorías de personas y de bienes. El espacio Schengen se ha extendido poco a poco a casi todos los Estados miembros. Italia firmó los acuerdos el 27 de noviembre de 1990; España y Portugal, el 25 de junio de 1991; Grecia, el 6 de noviembre de



“combina una parte nacional con otra común y se halla regulado en el Título IV del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y en las reformas introducidas por el Reglamento 871/2004.

La parte nacional (N-SIS) es creada y mantenida por cada Estado Parte bajo su responsabilidad y en ella se elabora una lista que incluye a las personas que por diversos motivos son declaradas no admisibles en su territorio. El Convenio tasa los elementos máximos que pueden introducirse sobre cada persona, datos cuya conservación se hará por un período de tiempo determinado. Los particulares incluidos en las listas podrán consultar y emprender acciones según lo estipulado en los artículos 109, 110, 111 y 114.2 CAAS. La parte común consiste en un soporte técnico común (C-SIS) a través del cual las informaciones podrán ser consultadas por las autoridades competentes, determinadas por cada Estado Parte a fines de controles fronterizos y/o de comprobaciones de policía y de aduanas, así como por autoridades judiciales; asimismo, los datos introducidos a raíz de amenaza al orden público los podrán consultar las autoridades competentes en aspectos relacionados con visados y con permisos de residencia. A toda esta infraestructura informática se añade la red SIRENE que prevé el intercambio de información adicional requerida en la entrada nacional”<sup>84</sup>.

El motivo por el cual los países empezaron un proceso alternativo a la

---

1992; Austria, el 28 de abril de 1995, y Dinamarca, Finlandia y Suecia, el 19 de diciembre de 1996. La República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia se sumaron el 21 de diciembre de 2007, y el país asociado Suiza lo hizo el 12 de diciembre de 2008. Bulgaria, Chipre y Rumanía aún no son miembros de pleno derecho del espacio Schengen: los controles fronterizos entre estos países y el espacio Schengen se mantendrán hasta que el Consejo de la UE determine que se cumplen las condiciones para suprimirlos”. Fuente: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/l33020\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_es.htm)

84 ILLAMOLA DAUSÁ M., “Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea”, *Migraciones*, núm. 15, 2008, págs. 21-22

integración europea, tenemos que buscarlo en el desacuerdo a la hora de interpretar el artículo 8A de la Acta Única Europea<sup>85</sup>. En particular, Inglaterra, Dinamarca e Irlanda, querían mantener las fronteras interiores excluyendo a los ciudadanos de terceros países del derecho a la libre circulación. Estos países crearon un bloque interior a la Comunidad Europea en materia de libre circulación; por el contrario, los países que se declaraban favorables a un proceso de completa libre circulación-Alemania y Francia en particular- vieron en la introducción de una vía alternativa a la cooperación, como la posibilidad de cumplir pasos adelante en el proceso europeo.

En particular los mejores sostenedores del proceso de Schengen decían que era más fácil encontrar un acuerdo a nivel de cooperación interestatal y gradualmente transferirlo en el interior del espacio comunitario, que tomar posición en materia de visados y controles de los confines a nivel comunitario.

En realidad, en la práctica, las negociaciones fueron más veces bloqueadas por parte de los más fuertes sostenedores como p.ej. Francia. Tal toma de posición encontraba su justificación a causa de una insuficiente garantía en las medidas compensatorias, en particular, no garantía un control seguro de las fronteras exteriores<sup>86</sup>.

A pesar de las dificultades, fue exactamente mediante este primer Acuerdo<sup>87</sup>

---

85 El Acta Única Europea (AUE) revisa los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y llevar a cabo la realización del mercado interior. Modifica las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplía las competencias comunitarias, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común. El artículo 8A define muy claramente el objetivo del Acta que es establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que concluyó el 31 de diciembre de 1992. El mercado interior se define como “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

86 Además, habían, también, gastos añadidos conexos al control de las fronteras con los terceros países.

87 Acuerdo relativo a la eliminación gradual de los controles a las fronteras comunes y la aplicación de la siguiente Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen del 19 de Junio

que se logró el objetivo relativo a la libre circulación de las personas<sup>88</sup>. Las dos actas, fueron ratificadas, a lo largo del tiempo, por muchos países miembros de la Comunidad Europea con excepción de Reino Unido e Irlanda que se declararon no interesados o Bulgaria, Rumania y Chipre que todavía no reunían los requisitos previos. España se adhirió en 1991. El acuerdo de 1995 contenía disposiciones de carácter general, mientras que el Convenio de Aplicación<sup>89</sup> de 1990 estaba casi completamente dedicado a la disciplina del cruce de las fronteras interiores y exteriores.

El sistema Schengen contenía normas que afectaban directamente el fenómeno migratorio, y que eran tan restrictivas y estaban tan alejadas de cualquier idea de integración socio-cultural de los extranjeros que justificaban la idea de la opinión pública de “una Europa como una fortaleza”<sup>90</sup>.

Los 142 artículos del Convenio de Aplicación se pueden dividir en tres grupos de normas. El Título II (Supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas), desde el artículo 2 hasta el 38, determina la disciplina de acceso, estancia y circulación de los extranjeros. El Título III (Policía y Seguridad, artículos 39-91), contiene las normas en materia de cooperación entre las fuerzas de policía, integrando las hipótesis de cooperación judicial en materia penal ya presente a nivel del Consejo de Europa.

Al fin de evitar que el principio de libre circulación entre los Estados

---

de 1990. Los países originarios de las dos actas fueron Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. El sistema de Schengen, aunque formalmente en vigor desde el septiembre de 1993, se aplicó solamente desde el marzo de 1995.

88 Para lograr esos objetivos se creó el grupo de Schengen formado por los representantes de los Estados miembros y que ratificaron del Acuerdo.

89 Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

90 GEDDES A., *Immigration and Europe integration: towards fortress Europe?*, New York, Manchester University Press, 1999, pág. 46

participantes en el acuerdo Schengen, chocara con la necesidad de asegurar la seguridad de los Estados que lo ratificaron, se previeron las conocidas “medidas compensativas”, en concreto, medidas útiles a mejorar las relaciones y la coordinación entre policía, aduanas y administraciones judiciales para que combatieran el terrorismo y la criminalidad organizada.

A tal propósito se instituyó el “Sistema de información de Schengen”, realmente “un fichero, contrapunto necesario a la supresión de los controles en las fronteras, considerado como un gran riesgo de atentado a las libertades individuales”<sup>91</sup> y que encuentra su reglamentación en el Título IV (tercer grupo), “Sistema de Información de Schengen” (artículos 92-119).

Entre todas las disposiciones del Convenio cabe destacar la rigidez de las condiciones de ingreso de los extranjeros para estancias superiores a los tres meses: abolición de los controles a las fronteras comunes y pasaje de tal competencia a las fronteras exteriores; definición común de las condiciones de cruce de las fronteras exteriores; separación, en los aeropuertos y en los puertos de los viajeros que se desplazaban dentro del espacio Schengen y aquellos de diferente precedencia; armonización de las condiciones de ingreso y de concesión de los visados para estancias breves; coordinación entre diferentes administraciones para la vigilancia de las fronteras; definición del papel de los transportistas en la lucha contra la inmigración clandestina; declaración obligatoria para todos los ciudadanos de terceros países que

---

91 SANCHEZ BRAVO, Á.A., *“La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea”*, Universidad de Sevilla, 1998, pág. 164. Vid. también DEL PESO NAVARRO E., RAMOS GONZÁLEZ M.Á., DEL PESO RUIZ M., DEL PESO RUIZ M., *“Nuevo Reglamento de protección de datos de carácter personal. Medidas de seguridad”*, Ediciones Díaz de Santos, 2008, pág. 452 y ss.: “El sistema de información de Schengen tiene como objeto, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio, preservar el orden y la seguridad públicos, incluida la seguridad del Estado, y la aplicación de las disposiciones del Convenio sobre la circulación de personas en los territorios de las partes contratantes, con la ayuda de la información transmitida por dicho Sistema”.

circulen de un país a otro; definición de normas sobre la responsabilidad de solicitud de asilo<sup>92</sup>; institución de un derecho de seguimiento y persecución de un país a otro; fortalecimiento de la cooperación judicial mediante un sistema de extradición más rápido y una mejor transmisión de la ejecución de las sentencias penales y, finalmente, creación del Sistema de Información de Schengen (SIS).

Todas estas medidas representaban y de hecho representan el “*acquis* de Schengen”, unidamente a las decisiones y a las declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo, instituido por el mismo Convenio de 1990, a las medidas de actuación del Convenio por parte de los órganos cuyo Comité ejecutivo entregó poderes de decisión, al acuerdo firmado el 14 de junio de 1985, al Convenio de actuación del acuerdo del 19 de junio de 1990, así como los sucesivos protocolos y acuerdos de adhesión.

Muchas fueron las críticas al Acuerdo de Schengen, entre ellas, la doctrina destacó la amplia discrecionalidad que fue dejada a las autoridades nacionales competentes en materia. Es verdad que mientras el ingreso en el área Schengen debía ser rechazado en aquellos caso en que el sujeto no cumpliera las condiciones del art. 5<sup>93</sup>, los Estados adherentes, tenían la facultad, y no la

---

92 “Convenio de Dublín, que atribuye la competencia del examen de una solicitud de asilo a un Estado miembro concreto. Las Partes, en este Convenio deseaban evitar el fenómeno conocido como *asylum shopping*, es decir, que los demandantes de asilo presentasen solicitudes múltiples, simultánea o sucesivamente, en diferentes Estados miembros”: CLARO QUINTANS I., “El sistema Eurodac y la identificación de los solicitantes asilo en la Unión Europea” en TOMÁS MORALES S., VAQUERO LAFUENTE M. E., HELLER DEL RIEGO C., “El día de Europa. Las transformaciones de la Unión Europea: la ampliación y la Convención Europea”, (Coord.), Universidad Pontificia Comillas, 2004, págs. 215-216

93 Art. 5 Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen: 1. Para una estancia que no exceda de tres meses, se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las condiciones siguientes: a) poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité ejecutivo; b) estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; c) en su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al

obligación, de dejar entrar en el propio territorio el extranjero que cumpliera con los requisitos indicados.

Ulterior crítica fue la ausencia de cualesquiera forma de control judicial supranacional capaz de garantizar una interpretación uniforme de las disposiciones útil a asegurar una tutela de los derechos de los individuos cuanto menos mínima. Quedó en entredicho, también, la falta de un eficaz control democrático sobre las actividades del Comité Ejecutivo, instituido por el art. 131 de la Convención. De hecho, el Comité, compuesto por un Ministro de cada Estado participante, era titular de amplios poderes de decisión, teniendo la obligación de vigilar sobre la correcta aplicación de la Convención.

En conclusión, tenemos que destacar como los Estados adherentes eran conscientes del estricto ligamen existente entre la materia regulada por el sistema Schengen y el ordenamiento comunitario vigente. En el Preámbulo de la Convención se afirma que el fin perseguido por las Partes contratantes, coincide con el comunitario, identificado con la realización de un mercado interno entendido como espacio sin fronteras interiores y sin que esto perjudicara las medidas adoptables para este fin en aplicación del TCE. Además, el art. 134 confirmaba que las disposiciones de la Convención se aplican en la medida en que resultan compatibles con el Derecho comunitario.

---

país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) no estar incluido en la lista de no admisibles; e) no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes. 2. Se negará la entrada en el territorio de las Partes contratantes al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso, la admisión quedará limitada al territorio de la Parte contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes contratantes. Estas normas no serán un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo o de las contenidas en el artículo 18. 3. Se admitirá en tránsito al extranjero titular de una autorización de residencia o de un visado de regreso expedidos por una de las Partes contratantes o, en caso necesario, de ambos documentos, a no ser que figure en la lista nacional de no admisibles de la Parte contratante en cuyas fronteras exteriores se presente.

Sobre estos elementos se basó la relación de las instituciones comunitarias en tema de política social y en particular de inmigración.

Los países de la Europa Occidental asumieron diferentes posiciones en relación a Schengen: existieron desacuerdos sobre la intención de controlar las fronteras exteriores en el sentido de que todos los países tenían la ambición de combatir la inmigración ilegal de la manera más eficaz con respecto a lo que se había hecho hasta aquel momento. Las divergencias afectaban el lado operativo de tal Acuerdo y la capacidad de cada Estado en relación con su posición geográfica, historia de inmigración y sistema administrativo.

Desde un punto de vista institucional, la Comisión, a partir de 1985, tuvo la necesidad de intervenir en materia de inmigración para construir una política común de inmigración y por esto formuló la primera instancia para una “europeización” de las políticas migratorias con una comunicación transmitida al Consejo el 7 de Marzo de 1985: “Orientaciones para una política comunitaria de las migraciones”<sup>94</sup>. En este documento se reiteraba la necesidad de crear un “cuadro adecuado” a nivel comunitario para permitir un tratamiento igualitario de los trabajadores no comunitarios<sup>95</sup>.

A tal propósito, el mismo Boletín escribía: “un paso inicial para una gradual extensión, en la Comunidad, del tratamiento *equo* de los trabajadores procedentes de otros países, será logrado, a través de la implementación de la cooperación entre los Estados miembros y los acuerdos de asociación concluidos por la Comunidad con determinados países”.

---

<sup>94</sup> Bol. CE, Suplemento 9/1985, pág. 5.

<sup>95</sup> En este sentido cabe señalar que “la literatura académica ha clasificado las migraciones internas de la UE en tipos de flujos: a) una migración Este-Oeste protagonizadas por trabajadores poco calificados procedentes de países de reciente o próxima adhesión y con destino a los países de la UE con un nivel de industrialización y desarrollo superior, b) una migración Norte-Norte protagonizada casi exclusivamente por trabajadores cualificados”, SOLÉ C., “Inmigración comunitaria: ¿discriminación inversa?”, *Anthropos*, 2006, pág. 98

Después de tal afirmación, el Consejo adoptó una resolución en materia de concertación donde se confirmaba la existencia de una estricta relación entre la política comunitaria, relativa a la libre circulación de las personas, y las políticas nacionales relativas a los ciudadanos de terceros países en materia de inmigración. A pesar de esto, el Consejo afirmó que “si es oportuno promover la concertación entre los Estados miembros y la Comisión, relativamente a la política migratoria, en los Estados terceros, los sectores correspondientes al acceso, la estancia y la ocupación de los trabajadores migrantes de los Estados terceros, la competencia es de los gobiernos de los Estados miembros”<sup>96</sup>.

El Consejo quiso confirmar el papel imprescindible de cada Estado. Los gobiernos nacionales de los países tradicionalmente de acogida, adoptaron políticas de inmigración muy restrictivas, por lo que no tenían ninguna intención de dar espacio a proyectos de políticas “liberales” de inmigración. El Consejo, entonces, impulsó un acuerdo favorecedor de políticas comunes de inmigración pero sin entrar en conflicto con los gobiernos nacionales. En aquel momento, realmente, era la Comisión el principal sujeto favorable a una europeización de las políticas migratorias, pero no contaba con el apoyo de los Estados miembros que negaban el poder de la Comisión en materia de concertación. En particular, Alemania, Francia y Dinamarca<sup>97</sup>. Bajo este impulso, la Comisión elaboró el “Libro Blanco sobre el mercado interior”<sup>98</sup>, que “sentó la necesidad de suprimir las fronteras entre los Estados miembros para alcanzar la fusión de mercados nacionales en un verdadero mercado

---

96 Resolución del Consejo del 16 de Julio de 1985, sobre la “orientación para una política comunitaria de las migraciones”. Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea 186/3 del 27 de Julio de 1985.

97 MANCINI M., “*Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva dell'Europa sociale*”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1989, pág. 312

98 El contenido del Libro Blanco sobre el mercado interior de 1985 se puede encontrar en la página web:

[http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index\\_es.htm#before](http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_es.htm#before)



interior. No se trataba sólo de autorizar el libre acceso a los trabajadores comunitarios para cualquier frontera interna, ni suprimir el control sobre las personas; se pretendía suprimir físicamente dichas fronteras.

Este nuevo horizonte europeo se plasmó en la Acta Única Europea de 1986 con sujeción a un calendario que preveía como fecha para ello 1992<sup>99</sup>. La Comisión puso en marcha también una acción decisiva en esta materia: con la Decisión 85/381 del 8 de Julio de 1985, basada en el artículo 118A del antiguo Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>100</sup>, la Comisión se proponía evitar que los procedimientos tomados por parte de los Estados miembros en materia de ingreso, estancia y ocupación no resultaran en contradicción con las normas aplicadas por otros Estados miembros y que no tuvieran una influencia negativa en los proyectos comunitarios en materia<sup>101</sup>.

Retomando, entonces, una idea ya incluida en la Resolución del Consejo del 9 de febrero de 1976<sup>102</sup>, la Comisión adoptó la Decisión 85/381/CEE del 8 de

---

99 ABEL LA CALLE M., *“La construcción de la política comunitaria de inmigración”* en Colección Mediterráneo Económico: procesos migratorio, economía y personas, núm. 1, 2002, pág. 88

100 Así recitaba el art. 118A del Tratado de la Comunidad Económica Europea: “La Comisión tendrá como propósito fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación”.

Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>

101 TRAVERSA G., *“Il coordinamento delle politiche migratorie nazionali nei confronti degli stranieri extracomunitari. Prospettive aperte dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 9 Luglio 1987”*, en Rivista di Diritto Europeo núm. 28 de 1988, pág. 14.

102 La Resolución era relativa a la actuación de un programa de acción a favor de los trabajadores inmigrantes y de sus familiares. Aquí se enuncian una serie de principios que irán formando el objeto de disposiciones futuras. Por un lado, se afirma la necesidad de rendir más humana la libre circulación de los trabajadores ciudadanos de los Estados miembros; mientras que por el otro, se reitera la necesidad de mejorar la situación de los trabajadores ciudadanos de terceros países y de sus familiares admitidos en los Estados miembros, persiguiendo la igualdad de

Julio de 1985, para instituir un procedimiento de comunicación preliminar y de concertación sobre las políticas migratorias de los terceros países. La reacción de los Estados miembros fue inmediata. Cinco Estados: Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos y Francia, recurrieron a la Corte de Justicia para solicitar la invalidación de tal decisión, afirmando que las políticas migratorias no influyen en aquellas sociales<sup>103</sup>.

A la luz de las consideraciones de la Corte, la Comisión adoptó otra decisión en tema de gestión común de un procedimiento de concertación entre Estados y Comunidad en materia de inmigración<sup>104</sup>.

---

tratamiento con los trabajadores ciudadanos de los Estados miembros y de sus familiares en relación a las condiciones de vida y de trabajo, salario y derechos económicos. La jurisprudencia de la Corte de Justicia, apoyó la legitimidad de la acción de las instituciones comunitarias en materia de inmigración, y, al mismo tiempo, recondujo tal competencia en el ámbito de la política social, como de hecho se puede notar en los artículos 117 y 118 del antiguo tratado de la Comunidad Económica Europea, hoy, artículos 136 y ss. del TCE.

103En la Sentencia de la Corte de Justicia del 9 de Julio de 1987, los jueces declararon la ilegitimidad del acto en cuestión, ya que el art. 118 Tratado CEE (hoy art. 137 TCE), se limitaba a conferir a la Comisión el poder de organizar estudios o consultas en el sector social, pero no lo de imponer los resultados que los Estados tenían que conseguir. En la misma Sentencia, por otro lado, se afirma que la colaboración estatal en materia social tiene que alcanzar también las políticas migratorias, pero, solamente en la medida en que esto pueda tener una relevancia por el mercado común. Entonces, podía encajar en la competencia comunitaria la integración social de los trabajadores no comunitarios pero no aquella cultural más en general.

104Decisión de la Comisión del 8 de junio de 1988 por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros países (88/384/CEE): Artículo 1: 1. Los Estados miembros informarán, a su debido tiempo, a más tardar, en el momento en que se hagan públicos, a la Comisión y a los otros Estados miembros sobre: - los proyectos de medidas que piensen adoptar en relación con los trabajadores nacionales de países terceros y con los miembros de sus familias en materia de entrada, residencia y empleo, incluyendo la entrada, la residencia y el empleo ilegales, y a efectos de poner en práctica la igualdad de trato en materia de condiciones de vida y de trabajo, de salarios y de derechos económicos, la promoción de la integración profesional y el regreso voluntario de estas personas a su país de origen; - los proyectos de acuerdos relativos a las materias antedichas y los proyectos de acuerdos de cooperación que piensen negociar o prorrogar con Estados terceros y que contengan disposiciones relativas a estas materias; - los proyectos de acuerdos relativos a las condiciones de residencia y de empleo de sus nacionales que trabajen en países terceros y de los miembros de sus familias, que piensen negociar o prorrogar con dichos países. 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión y a los otros Estados miembros los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor en los ámbitos citados en el apartado 1, así como los textos de los acuerdos celebrados

Según el artículo 1, la concertación tenía que tener como objeto una serie de informaciones, procedentes de los Estados miembros, relativas a medidas que se podían tomar hacia los trabajadores ciudadanos de terceros países y sus familiares en relación con el ingreso, la estancia y la ocupación (incluyendo la inmigración ilegal), la actuación de la igualdad de trato en tema de condiciones de vida y trabajo, retribución y derechos económicos así como la integración profesional y social y el retorno voluntario al país de origen. Sigue el artículo 3 dictando que la concertación tiene que tener como finalidad principal la de facilitar la información recíproca y la individuación de los problemas comunes.

A través de dicho procedimiento, es posible facilitar la adopción de una posición común entre los Estados, concretando medidas que podrían ser tomadas por parte de la Comunidad o de los Estados miembros, en particular

---

con los países terceros. Artículo 2 1. Si en un plazo de dos semanas a partir de la recepción de la información especificada en el artículo 1 un Estado miembro lo solicita, o si la Comisión toma esta iniciativa, dicha información será objeto en las seis semanas siguientes a su recepción de una concertación entre los Estados miembros y la Comisión. Si un Estado invoca razones de urgencia, se procederá inmediatamente a dicha concertación. 2. En todo momento podrá organizarse, a petición de un Estado miembro o por iniciativa de la Comisión, una concertación sobre los proyectos, disposiciones y acuerdos indicados en el artículo 1, a menos que se trate de cuestiones ya concertadas y respecto a las cuales no haya aparecido ningún elemento nuevo. Artículo 3. La concertación prevista en el apartado 1 del artículo 2 tiene, en particular, como objetivo: a) facilitar el intercambio de información y la identificación de problemas de interés común para, en función de estos últimos, favorecer la adopción de una política común por los Estados miembros, en particular en materia de actos internacionales relativos a las migraciones; b) examinar la conveniencia de las medidas que podrían adoptarse, tanto por parte de la Comunidad como por parte de los Estados miembros, en los ámbitos citados en el artículo 1, en particular con el objetivo de progresar en la armonización de las legislaciones nacionales sobre los extranjeros, fomentar la inclusión en los acuerdos bilaterales del mayor número posible de disposiciones comunes y mejorar la protección de los nacionales de los Estados miembros que trabajen y residan en países terceros. Artículo 4: 1. La concertación será organizada por la Comisión, la cual se hará cargo de la presidencia de las reuniones y de la secretaría. 2. El procedimiento de concertación establecido por la presente Decisión no menoscaba las competencias de los comités ya existentes, en particular, de los comités consultivos y técnicos, tal y como se definen en el Reglamento (CEE) no 1612/68 del Consejo. 3. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del procedimiento de concertación y en particular para salvaguardar, llegado el caso, el carácter confidencial de la información de que se les hará partícipes con dicho motivo. Artículo 5: Los destinatarios de la presente Decisión serán los Estados miembros. Diario Oficial núm. L 183 de 14/07/1988 págs. 35-36

con el propósito de avanzar hacia la armonización de las legislaciones nacionales aplicadas a los extranjeros. Este documento, entonces, demuestra como muchos de los temas que se siguen hoy en día debatiendo y relativos a la actuación de una política común de integración, ya estaba presente en el debate político europeo de aquel entonces.

Tenemos, sin embargo que destacar como dicha acción de las instituciones sufrió ciertas complicaciones a causa de dos factores: la falta de una explícita base jurídica en los Tratados constitutivos y la resistencia de muchos gobiernos nacionales a conceder cuotas de su propia soberanía interior en cuestiones tradicionalmente consideradas de su competencia exclusiva.

No tenemos que olvidar que en “esta organización internacional que obedece a una asociación voluntaria de Estados, con base convencional, ha originado un proceso ingente de cambios en los Estados Constitucionales que participan en el fenómeno integrador europeo. Frente a las clásicas relaciones interestatales, basadas en el respeto del principio de soberanía estatal, surgen otras relaciones distintas en el seno de la Unión que se basan en el traspaso de competencias desde los Estados miembros a las instituciones comunes que acarrearán una merma de la soberanía estatal”<sup>105</sup>.

#### I.2.D. AVANCES DE LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN

La evolución de los acuerdos intergubernamentales dieron un importante impulso al desarrollo de las políticas comunitarias. En primer lugar, cabe

---

<sup>105</sup>FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*”, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 80

destacar el Acta Única Europea<sup>106</sup>. “El Consejo Europeo de Milán, finalmente acuerda la celebración de una Conferencia intergubernamental, que deberá afrontar la reforma de las instituciones comunitarias, el tratamiento de la cooperación política y, asimismo, la modificación de ciertos aspectos de fondo o materiales de los Tratados constitutivos, en especial del Tratado CEE”<sup>107</sup>.

Desde estas modificaciones nació la Acta Única Europea de 1986 que introdujo en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el art. 8A (hoy art. 14.2), según el cual, antes de 1992 se debía constituir un mercado interior: “con la inserción del artículo 8A, la Conferencia desea reflejar la firme voluntad política de tomar antes del 1 de enero de 1993 las decisiones necesarias para la realización del mercado interior definido en esa disposición, y más particularmente las decisiones necesarias para la ejecución del programa de la Comisión tal y como figura en el Libro blanco sobre el mercado interior”.

En este sentido hubo un gran consenso relativo al principio de abolición de los controles a las fronteras interiores a la Comunidad, es decir, las fronteras entre países miembros: no solamente las fronteras terrestres sino también puertos y aeropuertos en el caso de que el medio de transporte llegara de otro Estado miembro.

En la Europa moderna, además, a los diferentes tipos de controles de las fronteras, se asoció la idea de seguridad; por ejemplo, la vigilancia militar de los confines para garantizar la seguridad interior. El impulso hacia la abolición

---

<sup>106</sup>“El Acta Única Europea (AUE) revisa los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y llevar a cabo la realización del mercado interior. Modifica las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplía las competencias comunitarias, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común”.

Fuente:[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_singleacts.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleacts.htm)

<sup>107</sup>GUTIÉRREZ ESPADA C., “El Acta Única Europea y la reforma institucional”, en “Homenaje al Profesor Juan Roca Juan”, Universidad de Murcia, 1989, pág. 368

de los controles de policía a las fronteras interiores, consecuencia del proceso de integración europea, logró su ápice en un momento histórico de fuertes inquietudes sobre la seguridad interior.

Tal situación causó notables preocupaciones dentro de las fuerzas de policías y en seno de las instituciones, así como fue impactante en la opinión pública europea lo que llevó a solicitar medidas compensatorias que garantizaran la seguridad. Las medidas individuadas como adecuadas para evitar que la abolición de los controles se acompañaron por un declive de la seguridad del continente europeo, fueron principalmente relacionadas con un aumento de los controles y en particular: fortalecer los controles a las fronteras e intensificar y mejorar los controles dentro del espacio de libre circulación.

Dicho fortalecimiento de los controles de policía en las fronteras exteriores e interiores del espacio unitario de libre circulación se realizó, y aún hoy perdura, sin efectuar una distinción precisa entre controles sobre el crimen y controles sobre las migraciones no autorizadas. De hecho, las instituciones establecieron que la Comunidad Europea adoptara determinadas medidas con el propósito de constituir antes del 1 de enero de 1993 el ya citado mercado interior incluyendo un área sin fronteras interiores donde asegurar la libre circulación de los servicios, personas, bienes y capitales. Se intuye cómo vinieron abajo las fronteras no solamente para los trabajadores, sino, también para los jubilados, estudiantes y otras categorías precedentemente excluidas por el Tratado de Roma.

De hecho, con la Acta Única Europea se “institucionalizó la cooperación política europea que supuso también la consolidación de un régimen dual de separación en el manejo de la política exterior europea; pues, por un lado se tenía la Europa comunitaria y sus procedimientos, y por otro, a la Europa

intergubernamental con sus procedimientos también”<sup>108</sup>. En principio, entonces, fue necesario crear órganos institucionales con la función de armonizar las políticas de los Estados miembros en materia de cooperación<sup>109</sup>.

El desarrollo de dichas instituciones trajo consigo en la expansión de dos mecanismos distintos pero conectados entre ellos: uno de consultas y otro de cooperación. El problema de fondo recayó en la manera de disciplinar el derecho de un viaje dentro de la Comunidad. Por eso, en la óptica de la instauración de un verdadero mercado interior, la plena realización de la libre circulación para los ciudadanos comunitarios suponía el reconocimiento de una análoga libertad a favor de los ciudadanos no comunitarios legalmente presentes en el territorio europeo<sup>110</sup>.

Dicho objetivo alarmó a los gobiernos nacionales que temieron que una eventual supresión de los controles interiores a la Comunidad pudiera ser la causa de una peligrosa disminución de la seguridad dentro la misma comunidad. Además, esto traía consecuencias significativas bajo, por lo menos, dos perfiles: en el caso de que un Estado miembro tuviese reglas menos restrictivas que las presentes en otros Estados, esto comportaba, para el extranjero, la posibilidad de ser admitido en la comunidad con dichas normas para luego desplazarse en países que no lo hubieran admitido.

---

108OROZCO TORRES L.E., “*La nueva política europea de vecindad, ¿de la Paneuropa a la Paraeuropa*”, Universidad de Sevilla, 2006, pág. 36. En este mismo sentido, entre otros, Vid. LOPEZ VISO M., “*La construcción de la Europa social en su periferia. El Fondo social Europeo: su aplicación en Galicia*”, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pág. 68 y ss.; CASTELLOT RAFFUL R.A., “*La Unión Europea. Una experiencia de integración regional*”, Plaza y Valdes, 2000, pág. 85 y ss.

109En un sentido más amplio, Vid. ERIK LANE J., ERSSON O.S., “*Política Europea: una introducción*”, Istmo, Madrid, 1998, pág. 132

110De hecho, alrededor de la integración de la inmigración legal, sigue abierto el debate: “es necesario que, cuanto antes, se lleve acabo una política comunitaria de integración de inmigrantes legales y no se centre toda la discusión en las medidas a tomar contra la inmigración ilegal y desordenada”, HERMIDA DEL LLANO C., “*Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*”, Anthropos Editorial, 2005, pág. 309

Por otra parte, existía un problema relacionado con el control de las fronteras ya que en caso de escasos controles a las fronteras exteriores de cualquier Estado miembro, se hubiera permitido que los extranjeros entraran de manera ilegal utilizando las vías de acceso más fácil para luego desplazarse hacia otros Estados. Se detectó también un problema procedente del nacimiento del mercado común con el cual, los países de la Europa mediterránea, representaban los confines meridionales de Europa y sus habilidades efectivas de control de los confines se pusieron en discusión<sup>111</sup>.

#### I.2.E. LA INMIGRACIÓN Y EL NACIMIENTO DEL MERCADO COMÚN

Para reglamentar la relación entre el recién nacido mercado común y el crecimiento de la inmigración, se intensificaron las relaciones de colaboración entre los países de “vieja” y “nueva” inmigración. La creación de tal vínculo, permitió a los Estados de histórica inmigración, transmitir a los de nueva inmigración la necesidad de adoptar políticas restrictivas en materia de inmigración. Uno de los ejemplos es justamente la “Ley de extranjería española”, adoptada como consecuencia de las presiones de la Comunidad Europea.

Entonces, la plena realización de la libre circulación de las personas hubiera necesariamente llevado a la utilización de una estrategia común que empleara herramientas técnicos-legales. Sin embargo, se formó progresivamente la convicción de que era necesario hacer más dinámica la acción de control nacional; y los mecanismos definidos como apropiados fueron:

---

<sup>111</sup>En particular, las mayores perplejidades fueron por parte del Reino Unido.



a) armonización normativa: coordinación de las leyes, reglamentos y estándares de acción con el propósito de eliminar los “anillos débiles” desde el sistema de control caracterizado por fuertes interdependencias entre sus componentes nacionales;

b) coordinación operativa: la coordinación de la acción (de control y represiva) de las diferentes administraciones nacionales fue dirigida a eliminar el problema de sobreponer los papeles, evitar dispersión de energías, reforzar la capacidad de respuesta y ampliar el espacio de actuación;

c) integración informativa: se detectó la necesidad de individuar una herramienta a través de la cual obtener la integración permanente de los sistemas informativos (p.ej. las bases de datos Sis, Europol etc.), para, en una fase sucesiva, proceder con la análisis conjunta de las informaciones.

“Los esfuerzos por mejorar el intercambio de información y su análisis permitieron a Europol (p.ej.), apuntar a las organizaciones criminales implicadas en áreas criminales tales como el tráfico de droga, la inmigración ilegal, la trata de seres humanos y la falsificación de moneda”<sup>112</sup>.

En la definición de los objetivos generales de la acción europea en materia de política interior y en la consecuente individuación de las herramientas necesarias, no se registraron desacuerdos de fondo entre las principales fuerzas políticas y entre los mismos Estados Europeos. En el terreno político, la única oposición fue, probablemente, aquella ejercida por parte de una “variada galaxia transnacional de ONGs”. Tomando como punto de partida la rigurosa defensa de los Derechos Humanos y los principios fundamentales del Estado de Derecho, esta parte de la sociedad civil fomentó una crítica de fondo al proyecto político de unir la libertad de circulación con el reforzamiento de los

---

<sup>112</sup>ARROYO ROMERO F.J., *“La influencia de Europol en la comunitarización de la policía europea”*, Akal, Madrid, 2005, pág. 96

controles, negando la asimilación de criminalidad e inmigración y denunciando el nacimiento de una evidente “fortaleza europea”.

Al amplio consenso político, se opuso una intensa y tal vez firme dialéctica sobre los métodos político-institucionales más adecuados para obtener una acción europea común en el terreno de los intereses interiores. A los partidarios de un método exclusivamente intergubernamental, se contrapusieron aquellos que apoyaban un método preferentemente comunitario<sup>113</sup>. De todas formas, es necesario señalar que a pesar de la voluntad de los Estados miembros de buscar una armonización de la materia, en realidad, los Estados seguían prefiriendo el control nacional sobre la inmigración y sus problemas.

Como ejemplo de lo que acabamos de decir, registramos el contenido de dos Declaraciones agregadas a la AUE<sup>114</sup>, según las cuales, los Estados se empeñaban en armonizar sus políticas en materia de inmigración aunque la competencia permanecía estatal; por lo tanto, el lugar de discusión seguían siendo las conferencias intergubernamentales. A la Comunidad Europea se le reconoció el ejercicio de un poder concurrente pero sin detallar las competencias. Es evidente la prudencia de los Estados en dicha materia: “la voluntad de cooperar sin estar obligados por vínculos supranacionales y defender cada centímetros de su espacio de soberanía, resultaban perfectamente compatibles”<sup>115</sup>. Además, la modalidad de voto interior al Consejo, en materia de inmigración, establecida por unanimidad.

La primera tentativa de coordinar las políticas inmigratorias nacionales y de asilo dentro de la Comunidad Europea, fue representado por la decisión de los

---

<sup>113</sup>Entre estas dos posiciones extremas, triunfaron posturas intermedias.

<sup>114</sup>“Declaración Política” adoptada en ocasión de la Conferencia intergubernamental de 1985-1986 y la “Declaración núm. 6” de la Conferencia sobre los arts. 13-19 de la AUE, Bol. CE, supl. 2/1986

<sup>115</sup>MANCINI M., “*Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni...*” op. cit., pág. 314

Ministros de Asuntos Interiores, en octubre de 1986, bajo la presidencia inglesa, de favorecer y crear un grupo específico sobre inmigración, conocido como Ad Hoc Group of Immigration (AHI)<sup>116</sup>. Este grupo, que tenía que reunirse cada seis meses, estaba compuesto por los Ministros con competencias en materia de inmigración y por algunos observadores de la Comisión. La función principal era la de estudiar, como acto previo a la introducción de la AUE y consecuente eliminación de las fronteras interiores, las medidas compensatorias directamente ligadas a la superación de las barreras exteriores, concesión de los visados y asilo. Se trataba de una forma de cooperación no convencional.

En realidad, la primitiva idea fue la de intercambiar informaciones entre Estados miembros, pero, finalmente, cada Estado quedó libre de respaldar o no las prácticas indicadas. Antes de la ratificación del Tratado de Maastricht, el AHI y otros grupos de trabajo que se dedicaban a la inmigración (Schengen y Trevi p.ej.) organizaron más de cien asambleas cada año con el propósito de unificar los esfuerzos de los Estados miembros, intentando controlar la inmigración a través de medidas coordinadas. Dichas medidas lograron que la Comunidad trabajara según la conocida “doble velocidad”: cada Estado miembro podía decidir si adherirse plenamente, parcialmente o no adherirse. A pesar de esto, el papel de un Estado miembro no resultaba vinculante para seguir con la labor de la Comunidad en dicha materia.

La política de inmigración tenía su origen de un plan de cooperación intergubernamental y se basaba en cualquiera medida *ad hoc*, dejando a un lado aquella propia de la Comunidad. En 1988, durante el Consejo Europeo de Rodas, se creó un Grupo de Coordinadores, compuesto por altos cargos de los

---

<sup>116</sup>Vid. KOSTAKOPOULOU T., “*Citizenship identity and immigration in the European Union. Between past and future*”, Manchester University Press, 2001, pág. 51

Estados miembros y representantes de la Comisión Europea. Al grupo se le reconocía la competencia para ejercer la supervisión de las actividades asociadas a la labor, práctica, de libre circulación, sin tener en cuenta que dicha función fuera de naturaleza comunitaria o intergubernamental.

Distinto instrumento fue la Convención de Dublín de 1990, la cual determinó el Estado responsable de examinar la solicitud de asilo. En relación con la integración, durante el Consejo Europeo de Hannover, en junio de 1988, vino encomendado un estudio sobre la integración social de los ciudadanos de terceros países<sup>117</sup>. Este estudio, puso en evidencia la situación en los países europeos, pero, la Comisión no hizo ninguna recomendación sobre la materia. Además, la consulta no logró encontrar correspondencia en, por lo menos, un necesario diálogo entre parlamentarios nacionales y organizaciones no gubernamentales.

El 30 de octubre de 1990, el Consejo, adoptó la Carta Social Europea que, aunque no vinculante, representó un documento muy importante en relación con los derechos de los trabajadores, ya fuesen nacionales que procedentes de terceros países. Cabe señalar que “la Carta Social Europea, por el hecho de su ratificación por parte de los Estados signatarios y por estar citada en diversos textos comunitarios, se inserta claramente en el marco de lo que podríamos llamar un sistema europeo de derechos fundamentales en el cual, las colisiones normativas y subsiguiente, los problemas de determinación del estándar o nivel de protección aplicable tiene que ser determinado en razón del nivel de protección superior”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup>Se trata de la integración social de los inmigrantes provenientes de terceros países y con un permiso de residencia en uno de los Estados miembros. Bruselas, 1989SEC (89), 924 Final.

<sup>118</sup>FREIXES SANJÁN T., “*La justiciabilidad de la Carta Social Europea*”, en LUIS JIMENA QUESADA (Coord.), “*Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, Universidad de Valencia, 2004, pág. 120

## **I.2.F. ARMONIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

Es necesaria una premisa: el problema de la definición de una política común de inmigración a nivel comunitario, no hubiera probablemente logrado importantes resultados si al mismo tiempo no se hubieran registrados los dramáticos acontecimientos y cambios geopolíticos a nivel mundial.

El primer elemento fue representado por el colapso de la Unión Soviética, un imperio demográficamente inmenso, cuya disgregación causó el desplazamiento de nuevos flujos migratorios del este de Europa hacia la Europa occidental. Desde 1989, la inmigración neta (es decir el saldo anual entre la inmigración e emigración teniendo en cuenta los efectos de los nacimientos y muertes en el año interesado), fue la componente principal de los cambios anuales de la población en el entorno europeo. En este escenario, se hizo evidente la necesidad de una armonización y coordinación entre las legislaciones nacionales en tema de inmigración de los ciudadanos no comunitarios<sup>119</sup>. Esta posición fue mantenida también por el mismo AHI, “la convicción que, frente a los avances obtenidos, una política estrictamente nacional no pueda dar respuestas adecuadas, ha ido, constantemente, ganando terreno...y sobre esta base parece oportuno definir una base común sobre la cuestión de la adaptación a la presión inmigratoria. Esto necesita de una forma extensa de cooperación entre los Estados miembros”<sup>120</sup>.

En particular, el documento de la Comisión indicaba que para reducir los flujos migratorios habría sido necesaria una expansión y cooperación

---

119BALDWIN EDWARDS M., “*The emerging European Immigration Regime: some reflections in implication for Southern Europe*”, Journal of Common Market Studies, 1997, pág. 32

120AHI (Ad Hoc Group of Immigration), “*Report from the Ministers Responsible for Immigration to the European Council Meeting in Maastricht on Immigration and Asylum Policy*”, núm. 4034/91 (WGI 930), Bruselas, 1991, s.e.

económica, social y financiera entre los Estados de la UE y aquellos de procedencia de la inmigración ilegal. Después de los cambios, la Comisión encargó un nuevo estudio sobre la integración social de los inmigrantes legalmente residentes en los territorios de los Estados miembros y rápidamente se hizo la propuesta al Consejo de Ministros Europeos de perfilar una Carta de la Comunidad que englobara los principios bases y fundamentales a favor de la integración: libertad de expresión, libertad de circulación, no discriminación, igualdad entre hombres y mujeres y derechos de la infancia<sup>121</sup>. El Consejo tomó nota del relato pero a eso no siguió ninguna acción. A causa de dicha inercia y a la luz del recién creado mercado común, en 1990, se lograron algunos pasos adelantes gracias a la firma de nuevos Tratados de ámbito intergubernamental: Convención de aplicación de los Acuerdos de Schengen y la Convención de Dublin en particular. No obstante, en ningún caso se habló directamente de una efectiva armonización de las políticas nacionales en materia de inmigración. En 1990 fue firmado el Segundo Acuerdo de Schengen cuyo propósito, a diferencia del primero, fue lo de mejorar la libre circulación de las personas acreciendo los controles sobre la inmigración y poniendo más atención a las medidas de seguridad.

Este nuevo objetivo fue querido, principalmente, por parte de Alemania<sup>122</sup> y reconocido por una parte de la doctrina<sup>123</sup>.

---

121Políticas de inmigración e integración social de lo inmigrados en la Comunidad Europea, Bruselas, SEC (90) 1813 final, 1990.

122Robert Miles, sostuvo “que el deseo principal de los Estados, en la perspectiva futura de la creación de un más compacto mercado común, era lo de reducir la inmigración “no controlada”, de manera que se pudiera mantener el control sobre el orden público y la seguridad”, SMITH G., PATTERSON W.E., PADGETT S., “*Development in German Politics 2*”, Basingstonke Macmillan Press Ltd, Houndmills, 1996, pág. 41

123MILES R., “*Rascism after race relations*”, London, Routledge, 1993, pág. 37

## **I.2.G. INMIGRACIÓN EN LOS AÑOS NOVENTA**

La inmigración en los años noventa logró ser un tema conectado al de seguridad; los líderes políticos de la Europa Occidental, incluyeron siempre más la inmigración en sus propias agendas y del mismo modo llegó a constituir el orden del día en las reuniones del cuartel general de la OTAN en Bruselas. En este periodo, la inmigración, tuvo que enfrentarse a dos acontecimientos particulares: por un lado, a una serie de atentados terroristas de matriz extranjera que afectaron a diferentes países europeos al principio de los años ochenta y, por otro lado, a una profunda evolución de las modalidades de la inmigración extranjera hacia el Continente.

Numerosos Estados europeos conocieron, a lo largo de los años setenta (e incluso antes), fenómenos terroristas de inspiración independentista, revolucionarios o subversivos. En todo caso, se trató de movimientos interiores a la sociedad nacional que tuvieron como objetivo el Estado nacional. En los años ochenta, en Europa, se manifestó un terrorismo de otro tipo, de propensión extranjera y en particular, medio oriental. Los primeros episodios se registraron al inicio del decenio: Roma, 9 de octubre de 1989: asalto a la sinagoga; 7 octubre de 1985: secuestro de la nave Achille Lauro por parte del Frente para la Liberación de Palestina; Roma, 27 de diciembre de 1985: asalto al aeropuerto de Fiumicino; Berlin, 5 de abril de 1985: atentado a una discoteca.

A pesar de que estos y otros parecidos episodios criminales representaron la expresión de las estrategias de grupos terroristas actuando bajo la cobertura de diferentes Estados (Libia, Siria, Iran, Sudan etc.), y por diferentes finalidades, en los gobiernos europeos, así como dentro de la opinión pública, prevaleció una interpretación unitaria que exaltó la conocida “amenaza del terrorismo

islámico” a las democracias occidentales, viendo esto como el brazo armado del islam, e identificándolo como el nuevo oponente geopolítico del occidente. En una versión extrema, el “peligro rojo (del comunismo), se sustituyó por el peligro verde (el color del islam)”<sup>124</sup>.

Cabe señalar que la intensificación del terrorismo internacional y la evolución de la inmigración fueron fenómenos distintos y recíprocamente autónomos. Su propia concomitancia, unida a la presión e incertidumbre de la fase de transición atravesada entre 1989 y primeros de los noventa por Europa, favoreció, sin embargo, una lectura coordinada de las dos realidades. En la opinión de los expertos y de los gobernantes europeos, así como según el sentido común de muchos ciudadanos europeos, empezó afirmándose la que se conoció como “seguridad interior”. Con esta expresión se quiso indicar un conjunto coherente que vinculaba algunas “amenazas exteriores” con la seguridad interior de las sociedades europeas (terrorismo en primer lugar, pero, también, tráfico de droga, actividad de las “nuevas mafias” de los países de la Europa oriental durante la transición etc.) con la inmigración internacional. Esta correlación, que remarcaba la participación de los inmigrantes en actividades ilegales y amplificaba el papel de algunos Estados declarados culpables de cubrir dichas actividades, teorizando la coincidencia de la inmigración clandestina y la de otros tráficos ilegales, recogió algunas dinámicas ofreciendo, de hecho, una visión distorsionada de la realidad.

El principal inconveniente de tal representación fue, por un lado, el riesgo de tipificar sólo negativamente la inmigración reforzando y afirmando sentimientos xenófobos que de hecho rindieron y rinden muy difícil cualquiera política de integración; por el otro, el enfoque amenazador llevó a desviar la

---

124PASTORE F., *“Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia....”* op. cit., pág. 27 y ss.



atención de algunas amenazas interiores al buen funcionamiento de las democracias europeas.

A pesar de estos inconvenientes, la ideología de seguridad interior inspiró, por lo meno en una primera fase, la acción común de los Estado en materia de asuntos interiores y condicionó los métodos, las prioridades y la elección de las herramientas.

Los años noventa representaron la tercera fase de la inmigración en Europa, etapa marcada por un mayor compromiso en transferir la inmigración bajo la jurisdicción de la Unión Europea y en colocar los principales órganos de la Comunidad al centro del debate. Las mismas instituciones, de su propia iniciativa, empezaron a demostrar interés en la materia, pero para superar la inmovilidad de la Comunidad era necesaria la solidaridad entre Estados al objeto de lograr la modificación de los Tratados de la Comunidad para incluir también las políticas migratorias<sup>125</sup>.

Efectivamente, sólo la recíproca confianza entre los Estados miembros y el sentido de pertenencia al espacio jurídico común, donde se realizaba la cooperación política, representaba la herramienta para presuponer cualquier progreso hacia adelante y donde la competencia de los Estados y la cooperación intergubernamental seguía prevaleciendo<sup>126</sup>.

Bajo la Presidencia italiana de turno en el segundo semestre de 1990, se abrieron en Roma dos Conferencias: una sobre la Unión Política y la otra sobre la Unión Monetaria, que hubieran tenido que facilitar la integración de dichas materias. La Comisión, a partir de esas Conferencias, empezó a llevar adelante la propuesta de introducir las políticas migratorias dentro de la política exterior

---

<sup>125</sup>En este sentido: BELLONI M., "A common policy on migration: a step toward citizen's Europe", *Il Politico*, 1987, pág. 442

<sup>126</sup>Vid. NASCIMBENE B. "Politica sull'immigrazione e progetto di Costituzione Europea", *Studi Emigrazione*, XLI, núm. 153, 2004, pág. 216.

de la Comunidad garantizando, en su visión, la reducción de la inmigración desde los terceros países. Esta reducción hubiera sido posible gracias a los diálogos de la Comisión con los terceros países de mayor inmigración y gracias a las ayudas que hubiera podido conceder para el desarrollo económico de estos países<sup>127</sup>.

Durante el Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 28 y 29 de junio de 1991, el canciller alemán, Helmut Kohl, substituyó la propuesta de la Comisión por una presentación al Consejo de un nuevo compromiso a favor de una armonización de las políticas en materia de inmigración y asilo, que pondrían en práctica durante el año 1993. Dicha propuesta pasó absolutamente desapercibida desde el punto de vista mediático<sup>128</sup>. También la Presidencia holandesa hizo una propuesta de comunitarización de la materia pero encontró la oposición de Dinamarca, Reino Unido y Francia.

La comunitarización de la inmigración llegó a ser el principal objeto de debate en la sociedad civil gracias a algunas organizaciones civiles presentes en el territorio de los Estados miembros. Se publicó un informe que proponía a los Estados la adopción de medidas comunes en materia de entrada y expulsión. Esta relación demostró claramente que los estándares comunes para la admisión y la expulsión estaban principalmente animados por la voluntad de restricción de la inmigración. El informe proporcionaba también la posibilidad de una adecuada protección de los extranjeros presentes en el territorio europeo, promoviendo, para estas personas, lograr los mismos estándares de los ciudadanos europeos. El informe fue aceptado por los doce (entonces)

---

127Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre inmigración, del 23 de octubre de 1991. Documento SEC (91) 1855, publicado en Rivista di Diritto Europeo, 1990, pág. 190

128GOYBET J., *“Le manque d'une politique européenne de l'immigration”*, Revue du marché Commun et de l'Union européenne, 1991, págs. 685-686

Ministros de la Comisión responsables de la inmigración el 3 de diciembre de 1991 y, en seguida, los representantes de los Gobiernos en el Consejo llevaron dichos temas a Maastricht a finales de diciembre de 1991.

1991 fue un año fundamental en relación con la toma de conciencia del problema, ya que todos los Estados asumieron que las cuestiones vinculadas con la inmigración podían ser afrontada solamente con la colaboración de todos los Estados.

En aquel momento, el punto de la cuestión giraba alrededor del ámbito dentro del cual enfrentarse al problema, es decir, ¿ámbito comunitario o intergubernamental? Como hemos visto, Francia, Alemania y Reino Unido, es decir, los Estados con mayor poder político, se declararon favorables al método intergubernamental, por lo tanto continuaron a proponer medidas en este sentido. Empezaron a aumentar los encuentros diplomáticos y las conferencias sobre inmigración internacional así que la inmigración comenzó a ser un tema de “*high politics*” más que de “*low politics*” como, al contrario, estaba siendo tratado hasta aquel momento. Tal aspecto se mostraba justo por el hecho de que eran los Ministros de exteriores más que aquellos del Trabajo, que debatían de inmigración en Europa<sup>129</sup>. También la opinión pública se ocupaba de asuntos relacionados con la inmigración, elemento, además confirmado por una investigación presentada por Gary Freeman<sup>130</sup>.

Cabe destacar como el estudio manifestó que todos los sujetos entrevistados se declararon de acuerdo sobre el hecho de que la inmigración fuera uno de los más importantes problemas que resolver en Europa, pero, al mismo tiempo, detectó una discrepancia en las modalidades para conseguir la resolución del

---

129LAHAV G., “*Immigration and politics in the new...*” op. cit., pág 89

130FREEMAN G., 1991, [www.sussex.ac.uk](http://www.sussex.ac.uk). El estudio se basó sobre la posición de la opinión pública europea y la de los miembros del Euro-parlamento en materia.

problema. El dilema detectado fue: ¿cada Estado habría tenido que hacer lo que era necesario para mantener intacta la propia identidad o, más bien, el problema tenía que ser resuelto a nivel supranacional? La duda fue bien sintetizada por un Euro Parlamentare griego: “ambos, socialistas y partido popular, consideran la formulación de una política común sobre inmigración, necesaria e imperativa.

Ahora, como dicha política común se tenga que alcanzar, nadie lo sabe exactamente”<sup>131</sup>. El resultado final fue que el 50% de los miembros del Parlamento Europeo y de la opinión pública europea se declararon favorables a transferir las competencias a nivel supranacional más que a nivel intergubernamental.

#### *I.2.G.a. FACTORES DE CRISIS INTERIORES A LA UNIÓN EUROPEA*

A raíz de las políticas de inmigración de los años noventa, empiezan a verificarse los primeros problemas.

El primer factor de crisis interior fue representado por lo que fue definido “traspaso de irresponsabilidad”: en efecto, según el método intergubernamental, adoptado hasta aquel momento, el éxito de la decisión final dependía sólo de la voluntad de los gobiernos de los Estados miembros, así, en caso de que los grupos de presión internos, resultaran contrarios a dichas decisiones, los gobiernos tenían que responder personalmente a las críticas. Con el método institucional, sin embargo, las clases dominantes nacionales disfrutaban de la ventaja de analizar el movimiento crítico hacia las instituciones comunitarias. En particular, esto permitió a los Estados de

---

<sup>131</sup>Parlamento Europeo, interview núm. 468, Estrasburgo, 15 de mayo de 1992.

trasladar la responsabilidad de las políticas inmigratorias, impopulares, a las instituciones de la Comunidad Europea.

Otro factor a considerar es el hecho de que en los años noventa, en la mayoría de países de la Europa Occidental, el período de emergencia, relacionados con el ingreso de nuevos inmigrantes, se completó con la aplicación de medidas de control de las entradas, por lo que los Estados se encontraron con un gran número de inmigrantes que vivían en su territorio en una situación general de marginación de tal forma que en aquel momento fue necesario actuar con políticas de integración con el fin de mantener el orden social. La insuficiente integración en ámbito nacional se destacó también en el informe preparado por la Comisión Europea en 1990, que señaló que era probable que el fracaso de las políticas de integración hubiera estimulado la reactivación y el desarrollo de sentimientos basado en el miedo al extranjero.

Así, la cuestión de la integración empezó a aparecer constantemente entre los principales objetivos de los nuevos enfoques coordinados en Europa Occidental: la Comisión Europea en 1991 declaró que “nuestra sociedad no puede permitirse el lujo de estar divididas por el mero hecho de que la población no se integra en los mecanismos de solidaridad creados por el Estado de bienestar. Es el momento de considerar seriamente y en común los distintos elementos de la integración, con la intención de tomar las medidas necesarias para garantizar que el tejido social no se quebrante”<sup>132</sup>.

En 1991, la Comisión de investigación en materia de Racismo y Xenofobia, en respuesta a las peticiones que le hizo la Comisión del Parlamento, creó EUFM, una organización pro-inmigrante que comunicaba con otros grupos europeos que se ocupaban de la misma materia, con el propósito de encontrar

---

<sup>132</sup>Comisión de la Comunidad Europea, “Policies on Immigration and social integration of Migrants in the European Community”, sec (90) 1813 final, Bruselas, 1990

soluciones comunes a largo plazo. La primitiva idea del Parlamento fue la de crear un foro integrado por todas las organizaciones de inmigrantes y no que se ocupara de anti-racismo. En realidad, en la práctica fue un foro donde los inmigrantes podían dar su opinión en materia de la lucha contra el racismo. Las dificultades de este grupo se debió a las divisiones interiores, especialmente entre los diferentes grupos étnicos; dichas dificultades surgieron durante la Asamblea General del Foro del 16 y 17 de diciembre de 1993 donde los representantes de catorce asociaciones de Turquía dejaron el Foro por “incompatibilidad”.

A pesar de los problemas, algunos Estados comenzaron a creer en la capacidad europea de hacer frente a las políticas de inmigración y, sobre todo Alemania puso en la balanza de las negociaciones esta cuestión. Sin embargo, quedaban todas las dificultades relacionadas con la definición de una política de inmigración en la UE. Es cierto que, como señaló la Comisión Europea, aunque “existen principios comunes, hay diferencias entre las situaciones en las en que los Estados miembros se encuentran”<sup>133</sup>, diferencias que dieron cuerpo a “divergencias evidentes entre los objetivos fundamentales de la política de inmigración de los Estados europeos” y esto, independientemente, “por los cambios de las mayorías políticas que cada vez prevalecían a nivel nacional”<sup>134</sup>. Era evidente que la política migratoria en Europa occidental fue dominada por los asuntos interiores. El proceso de armonización fue esencialmente una transferencia de las medidas tradicionales de control nacional hacia un nivel supranacionales así que los contenidos fueron

---

133Comisión de la Comunidad Europea, “*Commission communication to the Council and the European Parliament on Immigration*”, sec (91) 1855, final, Bruselas, AHI, “*Report from the Ministers Responsible for Immigration to the European Council*”, 1991

134PASTORE F., “*Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra...*” op. cit., pág 8

prácticamente el mismo desde los años setenta en adelante<sup>135</sup>

Ulterior factor que contribuyó a complicar la concertación para una institucionalización de la inmigración fue representado por las diferencias políticas entre la izquierda y la derecha que la cuestión de la inmigración creó dentro los países europeos. En este contexto, la principal dificultad quedó vinculada a la xenofobia que acentuó, aún más, la división izquierda/derecha.

De hecho, en países como Alemania, Francia o Italia, donde se mostraban marcas de partidos y movimientos xenófobos, la división entre la derecha y la izquierda, en materia de inmigración, fue, sin duda, mayor<sup>136</sup>. En este sentido, las cuestiones relativas a la inmigración crearon significativas disimilitud entre los dos campos políticos, creando más dificultades de gestión en todos los países. Muchos investigadores argumentaron que la división izquierda/derecha resumió la desviación de la opinión de las personas de los países de la Europa Occidental. Generalmente, los individuos de izquierda, parecían ser más favorables a los cambios en la sociedad, incluso hacia la incorporación de nuevos inmigrantes, mientras que los de la derecha eran más hostiles a estos cambios, aun más, cuando el aumento de la inmigración llegó a los picos más altos, se registró una intensificación significativa de las actitudes xenófobas y hostiles hacia la inmigración, de algunos sectores de la extrema derecha, alimentados también, por “las declaraciones alarmistas sobre el peligro de una invasión”<sup>137</sup>.

La Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, en materia de lucha

---

<sup>135</sup>Lo que cambió fue la competencia sobre esta materia.

<sup>136</sup>En este sentido, Vid. McLAREN L., *“Immigration and the new politics of inclusion and exclusion in the European Union: the effect of elites and the EU on individual-level opinions regarding European and no-European immigrants”*, Kluwer Academic Publishers, European Journal of Political Research, 2001, núm. 39, págs. 81-100

<sup>137</sup>Comisión de la Comunidad Europea *“Policies on immigration and Social Integration of Migrants in the European Community”*, sec (90) 1813 final, Bruselas, 1990

contra la discriminación racial, ya habían adoptado una Declaración conjunta en 1986 y, posteriormente, se había “lanzado” un mensaje claro a los Estados miembros, invitándolos a aplicar leyes nacionales específicas sobre la prevención y lucha a la inmigración pero, a pesar de estos compromisos, la Comisión se quedó sin algún poder directo en materia de inmigración. En 1992, la Comisión Europea publicó un estudio sobre las leyes contra la discriminación presentes en las legislaciones de los Estados miembros<sup>138</sup> y consultó con los *partners* sociales para trabajar sobre unas pautas que se basaran en las buenas prácticas contra la discriminación racial de todos los actores.

#### I.2.H. LAS NEGOCIACIONES PREVIAS AL TRATADO DE MAASTRICHT

El primer intento concreto para hacer frente a las políticas de inmigración a nivel intergubernamental como ya se ha señalado, fue el Acuerdo de Schengen, que permitió la eliminación de las fronteras entre los Estados signatarios. A la luz de la evolución geopolítica y demográfica, posterior a estos acuerdos, todavía hubo “un consenso muy amplio, si no unánime, entre los, entonces, quince, sobre el hecho de que las normas de Schengen ya no eran suficientes para proporcionar una base para la creación de una legislación más amplia y detallada. Totalmente ausente, sin embargo, fue el consenso sobre cuál debía ser la etapa, el ritmo y el contenido de esta construcción adicional”<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup>Commission of the European Communities, *Legal Instruments to combat racism and xenophobia*, Bruselas, 1992

<sup>139</sup>PASTORE F, “*Sulle politiche europee di immigrazione*”, London, Hailbronner K., 2000, pág.



En los años noventa, a raíz del Consejo Europeo de Maastricht, las preocupaciones sobre la migración en Europa se centraron sobre las presiones migratorias externas, el control de la inmigración y la integración de los inmigrantes.

En enero de 1991, la Presidencia luxemburguesa presentó algunas propuestas para la formulación de políticas en materia de inmigración y asilo, dando cuatro opciones posibles. La primera establecía que los Estados miembros siguiesen cooperando en este campo fuera de la Unión Europea la segunda implicaba una incorporación parcial de la materia (inmigración), en el Tratado de la UE, aunque después, tenía que ser el Consejo en especificar las competencias; la tercera ofrecía una incorporación completa de la materia en el Tratado señalando, también, las modalidades de toma de decisiones; y, finalmente, la cuarta, dictaba que las políticas en esta materia se pudieran incorporar plenamente en el Tratado, utilizando el modelo político de la Comunidad.

Dinamarca se declaró a favor de la primera o como mucho de la segunda opción, Gran Bretaña, Grecia e Irlanda prefirieron la segunda, Francia, Alemania y Portugal, la tercera como solución a corto plazo, mientras que a largo plazo se mostraron a favor de la cuarta, los Países Bajos, Bélgica, Italia y España se proclamaron a favor de la cuarta opción. En total fueron seis países, por lo tanto, a favor de transferir el asilo y la inmigración a nivel comunitario<sup>140</sup>.

En abril de 1991, la Presidencia luxemburguesa presentó sus propuestas al Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo. La propuesta fue hecha a nivel intergubernamental y en materia de política exterior y de seguridad dentro de

---

140GUILD E., NIESSEN J., "*The developing Immigration an Asylum Policies.....*" op. cit., págs. 42-43

la Comunidad Europea, proposición que logró los primeros acuerdos en materia de armonización de las políticas nacionales en materia de inmigración y asilo. El AHI, el 3 de diciembre de 1991, elaboró un programa de trabajo en materia de inmigración, siguiendo las instrucciones del Consejo, cuyo contenido se componía de propuestas que tenían que ser aplicadas antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. En particular, este programa constaba de tres directivas programáticas representativas de las bases necesarias, para el futuro común de la inmigración en la Comunidad Europea: 1) actuar sobre las presiones migratorias, por lo que la inmigración protagonizara una parte integral de la política exterior de la Comunidad; 2) luchar contra los flujos inmigratorios por medio de un seguimiento de forma armonizada, medidas para combatir la inmigración ilegal y construir un enfoque común sobre asilo y reagrupación familiar; 3) fortalecimiento de las políticas de integración en beneficio de los inmigrantes legales<sup>141</sup>.

El documento también contenía referencias a los objetivos a largo plazo, relacionados con las causas de la inmigración: se habló, entonces, de "enfoque integrado" o "inclusivo" (*"root causes approach"*)<sup>142</sup>.

### I.2.I. LA INMIGRACIÓN EN EL TRATADO DE MAASTRICHT

Con Tratado de Maastricht la cooperación entre Estados miembros en materia de inmigración procedente de terceros países fue formalmente reconducida en el ámbito de la nueva estructura de la UE. El Tratado de

---

<sup>141</sup>*Meeting in Maastricht on Immigration and Asylum Policy*, n4034/91 (WGI 930), Bruxelles, 1991.

<sup>142</sup>KORELLA P., TWOME Y., *Towards a European Immigration Policy: current situation perspectives*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1993, pág. 52

Maastricht nació de la necesidad de los Estados de hacer frente a todos los problemas que habían surgido en los últimos años, por lo que la estructura del TUE podría interpretarse como una institucionalización, aún más exitosa que con la adopción de la Acta Única Europea, que dio lugar a la formalización de un Tratado de coexistencia de dos lógicas: la de la integración y la de la cooperación. Como tal, el TUE en los asuntos de justicia e asuntos interiores tuvo los mismos méritos de los que habían sido reconocidos en la Acta Única Europea en codificar, dentro de un Tratado, la cooperación política europea.

Es verdad, como ha señalado algún autor<sup>143</sup>, que el elemento innovador del TUE fue la tendencia a enredarse estos dos enfoques en lugar de su institucionalización. Este entrelazamiento fue especialmente visible en la UEM, donde el Consejo Europeo tiene un papel transversal y en el segundo y tercer pilar donde tímidamente se introdujo la votación por mayoría calificada. Este entrelazamiento es también visible en la organización del tercer pilar<sup>144</sup>, porque, a pesar de que este pilar se caracteriza por un sistema intergubernamental, sin lugar a dudas, también es cierto, que esto es muy diferente de la primitiva cooperación nacida aproximadamente veinte años antes y establecidas por los Estados miembros para abordar cuestiones relacionadas con la la seguridad interior<sup>145</sup>.

---

143QUERMONNE J.L., *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, colección Clefs Politique, segunda edición, 1994, págs. 30-31

144Según la imagen de la Unión Europea, estructurada como un “templo griego”, la doctrina suele individuar tres pilares: la dimensión comunitaria (primer pilar), la política exterior y de seguridad común (segundo pilar), la cooperación de policía en materia penal (ex cooperación en los sectores de justicia y negocios interiores, tercer pilar). Mientras que en el primer pilar se aplica el método comunitario, en los otros dos permanece la cooperación intergubernamental. Siempre en este sentido: Primer pilar: La dimensión comunitaria, que corresponde a las disposiciones incluidas en el Tratado de la Comunidad Europea, la CECA y la EURATOM: ciudadanía de la Unión, políticas comunitarias, unión económica y monetaria. Segundo pilar: La política exterior y de seguridad común (PESC), regulada por el Título V del TUE. Tercer pilar: La cooperación policial y judicial en materia penal, regulada por el Título VI del TUE.

145TELÓ M., MAGNETTE P., «*De Maastricht a Amsterdam: l'Europe et son nouveau Traité*,

Las políticas de inmigración y asilo se introdujeron en el proceso de integración mediante la cooperación en asuntos de justicia y asuntos interiores, pero se mantuvo en el tercer pilar, el de la cooperación intergubernamental, mientras que las políticas en materia de visados fueron introducidas en el primer pilar a través del artículo 100C del Tratado CE que estableció que el Consejo de la Comunidad Europea, determina los ciudadanos de terceros países que tienen que estar en posesión de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros así como qué medidas adoptar para uniformar los visados<sup>146</sup>.

Cabe señalar que el resultado final no cambió mucho, porque las decisiones siempre se tomaron a nivel intergubernamental, con la necesaria unanimidad. Este pequeño cambio se debió al hecho de que durante las negociaciones del TUE, la voluntad de introducir la cooperación en materia justicia y asuntos interiores en ámbito no intergubernamental, no fue compartida por todos los Estados miembros. Francia y Gran Bretaña se opusieron “ferozmente”.

Francia y los Países Bajos hubieran preferido ver algunas cuestiones como el derecho de asilo y el control de las fronteras exteriores transferidas a nivel comunitario, pero, siendo en minoría en este asunto, reclamaron la inclusión del artículo K9, que como veremos en este capítulo, permitió destacar algunas cuestiones justo en el tercer pilar. Si bien otros Estados aceptaron esta idea, hay que recordar que el procedimiento para la aplicación de este método fue difícil de superar, de hecho, después de la propuesta de la Comisión o de un Estado miembro, continuaba siendo necesario que el Consejo aceptara la propuesta y, finalmente, que se ratificara por unanimidad por todos los Parlamentos nacionales. A la hora de modificar los Tratados constitutivos, el

---

Bruselas, Editions Complaine, 1998, págs.163-182

146La mayor parte de las cuestiones de migración, por lo tanto, queda en el tercer pilar.

legislador comunitario quiso ampliar la dimensión social de la integración europea, extendiendo las competencias de las instituciones en sectores anteriormente excluidos al ser de exclusiva competencia nacional. La intención fue la de equilibrar el originario enfoque económico de la Comunidad Europea. Sólo así fue posible responder a una serie de nuevas cuestiones económicas y sociales que se planteaban en relación con el aumento de los flujos migratorios, sobre todo de Europa Central y del Este Europa.

Este nuevo enfoque se ilustra en el art. B del TUE, que enumera los objetivos de la Unión, entre los cuales destacan el de promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, en particular mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de la UEM.

Para superar la fuerte oposición de Gran Bretaña a cada intervención comunitaria en el ámbito social, la Comunidad utilizó en 1992 un Acuerdo *ad hoc* sobre la política social, firmado por 11 Estados miembros (excepto Reino Unido), que se anexó al Tratado de Maastricht con el Protocolo núm. 14. El contenido del Acuerdo, que en la práctica cambió las reglas del Tratado sobre la política social, fue transfundida posteriormente en el TCE por el Tratado de Amsterdam<sup>147</sup> de 1999, vinculante para los 15 Estados miembros. El TCE también creó las condiciones para la creación de una ciudadanía de la UE; el artículo 8A del Tratado establecía que las personas primero deben ser nacionales de un Estado miembro, representando la ciudadanía europea un derecho derivado de la ciudadanía nacional, así que los nacionales de terceros países como, entonces, los turcos de segunda o tercera generación en Alemania, por ejemplo, quedaban excluidos.

---

<sup>147</sup>El Tratado de Amsterdam fue adoptado el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el día 1 de mayo de 1999

El Tratado de la UE confirió a la Unión limitadas competencias en materia de inmigración, además, estas competencias se dividieron entre el primer y tercer pilar de la Unión. De esta manera se llegó a un compromiso importante entre los miembros y la Comunidad sobre un tema que siempre ha sido difícil de gestionar en común. Por un lado, de hecho, no se asignaron competencias a las instituciones competentes en este ámbito, pero, por otro lado, se recondujeron las actividades de los Estados miembros, incluso a través de procedimientos de naturaleza comunitaria, dentro de la Unión Europea.

El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, fue responsable entonces de dos materias.

#### *1.2.1.a. LAS CONSECUENCIAS DEL TRATADO DE MAASTRICHT*

Por una parte, entonces, aprobando por unanimidad, se pudo determinar cuales eran los países terceros cuyos nacionales debían estar en posesión de un visado al cruzar las fronteras exteriores de la Comunidad.

Por otra parte, con aprobación por mayoría cualificada, el Consejo podía adoptar medidas relativas a un modelo uniforme de visado. En sus actividades, el Consejo fue asistido por un Comité de Coordinación compuesto por altos funcionarios, cuya tarea fue la de formular dictámenes para el Consejo. El Título VI del Tratado de la UE (*ex arts. K1-K9*) se dedicó a regular la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos de justicia y asuntos de interiores (JAI) y tuvo la intención de dar un nuevo dinamismo y clasificar las distintas formas de cooperación intergubernamental en canales formales.

Entre las áreas de acción de la Unión, tres estaban directamente relacionadas con la inmigración: 1) la política de asilo, 2) la disciplina para cruzar las

fronteras exteriores de los Estados miembros y la realización de sus controles, y 3) la política de inmigración y la política a seguir respecto a los nacionales de terceros países.

El Consejo, sobre estos asuntos, hubiera podido, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión por unanimidad, adoptar posiciones o acciones comunes, o, también, elaborar acuerdos que hubieran podido ser recomendados a los Estados miembros de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales.

En el ámbito de la justicia y asuntos interiores, participaron también las instituciones comunitarias, pero con un papel limitado con respecto al pilar comunitario, siendo así privadas de su capacidad para ejercer un control decisivo sobre los Estados miembros. Las reuniones del Consejo de Justicia y Asuntos Interiores, que incluían a los Ministros de Justicia y/o de los Interiores de los, en principio, doce Estados, sustituyeron a las reuniones, informales, de los Ministros responsables de la inmigración.

El papel de la Comisión fue limitado en relación al hecho de que todo se desenvolvía en el tercer pilar, el pilar de la cooperación intergubernamental. La Comisión, además de compartir con los Estados miembros la facultad de iniciativa legislativa en determinados ámbitos y de participar plenamente en la labor del Consejo, realmente tenía poderes limitados por lo que quedaba obligada al dictamen unánime del Consejo.

El Parlamento Europeo era regularmente informado de la actividad desarrollada, pudiendo dirigirse al Consejo para formular interrogaciones o recomendaciones. Se preveía una jurisdicción limitada y eventual de la Corte de Justicia, en el caso expresamente dispuesto en las convenciones, pero sólo para interpretar sus disposiciones o para resolver cualquier controversia relativa a su aplicación en la forma prevista por las mismas convenciones.

Así, antes de la entrada en vigor del Tratado, tal como hemos visto, las discusiones de los Estados en materia de inmigración y de asilo habían tenido lugar a nivel intergubernamental y la preocupación dominante fue en que ámbito enfrentarse a la materia. Triunfó la voluntad de algunos Estados, entre los cuales, el mayor exponente fue Gran Bretaña. Por lo tanto, en el Título VI se incluyó la cooperación de los Ministros de Justicia y Asuntos Interiores como parte de la Unión, pero no proporcionó la cooperación comunitaria. De hecho, el artículo K contenía normas especiales relativas a las competencias relacionadas con las modalidades de toma de decisión<sup>148</sup>.

La institucionalización de la justicia y de los asuntos interiores, actuados por el Tratado de la Unión, se situaron en un nivel mucho inferior de lo que se esperaban países como Alemania y Bélgica, por lo que este resultado no satisfizo las aspiraciones de algunos Estados miembros y el Parlamento Europeo<sup>149</sup>. Entonces, incluso después de la reforma del Tratado, la Unión no se dotó de normas precisas en materia dejando a los Estados miembros introducir una legislación sobre el tema. Dicho esto, surgen diferentes cuestiones: en primer lugar, la más importante, se refiere a la elección de la toma de decisiones por unanimidad, que refleja la prudencia de los Estados miembros a avanzar hacia nuevas formas de cooperación para superar el veto y obtener el consentimiento de los Estados sobre ciertos temas que parecen no ser suficiente para convencer a una de las delegaciones de los demás Estados, con la consecuente reducción de las ambiciones a mantener un mínimo común denominador hacia esta materia. La votación por unanimidad del Consejo puso de relieve el hecho de que la decisión final seguía siendo de los Estados, hecho

---

148KORELLA P., TWOME Y., *Towards a European Immigration Policy...*op.cit., pág. 45

149FORTESCUE “*La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le traité de Maastricht, De Schenge a Maasrticht*», Milano, Giuffrè, 1995, págs. 32-35



que llevó algunos comentaristas a describir la Comisión como observador “privilegiado”<sup>150</sup>.

En conclusión, es interesante notar que el texto original del Tratado de la UE preveía, en el art. K9 (hoy art. 42), una “norma de transición”, que les permitía “mover”, bajo la disciplina del pilar comunitario, determinadas áreas. El Consejo, en efecto, por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, podía decidir aplicar el artículo 100C del Tratado a determinados ámbitos recogidos en el art. K1, entre los cuales la inmigración. Este procedimiento tenía que concluirse con la recomendación del Consejo a los Estados miembros para que adoptaran dichas decisiones de conformidad con sus normas constitucionales. De hecho, el artículo K9 no encontró una aplicación práctica. Los Estados miembros y la Comunidad optaron por sentar las bases para una nueva política europea en materia de asilo e inmigración, re-escribiendo las normas del Tratado de la CE en este ámbito. Esto fue llevado a cabo transfiriendo en el pilar comunitario una parte significativa de las actividades anteriormente mencionadas en el Título VI del Tratado de la UE como la cooperación intergubernamental (la llamada comunitarización).

Con el fin de establecer un mercado interior, según lo dispuesto en el antiguo artículo 7A del TCE; el artículo 1 de la propuesta de Directiva preveía que “los Estados miembros reconocerán a los ciudadanos no comunitarios que se encuentren legalmente en un Estado miembro el derecho a viajar por el territorio de los demás Estados miembros”. Esta fue una de las partes donde las dificultades relacionadas con la cooperación surgieron mayoritariamente. Todos los Estados estaban de acuerdo con que la supresión de las fronteras interiores debía de ser compatible con la necesidad de mantener la seguridad

---

150 O'KEEFE D., “*Recasting the Third Pillar*”, *Common Market Law Review*, vol. 32, núm.4, 1995, pág. 903.

interior. Fueron, sobre todo, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Dinamarca<sup>151</sup>, los que alegaron que el artículo 7 no debía contemplar la supresión de los controles para los ciudadanos de terceros países. Mientras que países como Holanda, Bélgica, Francia y Alemania (todos los países partes del grupo de Schengen), abogaban por la apertura de las fronteras iguales para todos. Inicialmente, la Comisión había tomado partido por el último grupo de Estados, pero luego, disminuyó su apoyo por temor a una recesión total en materia<sup>152</sup>.

Cabe señalar que en comparación con el sistema intergubernamental de Schengen, las condiciones para el ejercicio de este derecho fueron menos rígidas. De hecho, el art. 3 requería que el extranjero estuviese en posesión de un permiso de residencia expedido por un gobierno europeo y un documento de viaje válido, teniendo que demostrar también la presencia de medios de subsistencia suficientes para la duración de la estancia y para la vuelta. En definitiva, el hecho de no ser considerado peligroso para el orden público y la seguridad nacional, como dictado por el art. 5 de la Convención de Schengen de 1990, ya no era una condición para el ingreso.

El tercer bloque<sup>153</sup> se encontraba en un “Protocolo sobre la Política Social”<sup>154</sup> y en un “acuerdo” concluido por los, entonces, once Estados miembros (quedó fuera Gran Bretaña). El Acuerdo, en particular, declaró que “el Consejo se pronunciará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y

---

151Y los Estados que dieron más énfasis a la cuestión de la seguridad.

152El artículo 2 define este derecho como el derecho a cruzar las fronteras interiores de la Comunidad y transitar o residir en un Estado miembro por un período no superior a tres meses, sin que para el destinatario exista la obligación de obtener un visado de los Estados en cuyo territorio ejerza el derecho.

153El primero era lo de la competencia legal de la sociedad en materia de visados (artículo 100C) y el segundo lo que establecía la cooperación formal sobre los asuntos de justicia y asuntos interiores.

154Anexo núm. 14 del Tratado de Maastricht

previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social” sobre las “condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad”<sup>155</sup> pero no sobre el modo de entrada de trabajadores de terceros países.

En el Tratado de Maastricht fueron aprobadas normas que regulaban la libre circulación de personas, pero no se trató de manera explícita la inmigración. La inmigración fue incluida en el Tratado entre los temas de interés común que dependían de la cooperación intergubernamental en el ámbito de los asuntos interiores, si bien no existía una política europea en tal sentido. Al contrario de lo sucedido a los ciudadanos europeos, no se desarrollaron normas comunes de entrada y residencia en el territorio de la UE de los ciudadanos de terceros países. Por ahora, la cuestión seguía siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. La Comunidad Europea, sin embargo, pudo adoptar medidas en materia de empleo y prestación de servicios. El Consejo, además, adoptó principios comunes a los Estados miembros relacionados con la universalización de un modelo único de permiso de residencia, vuelta voluntaria, repatriación de los inmigrantes ilegales y reagrupación familiar.

Otra cuestión importante surgió en el artículo 138A del Tratado de Maastricht, relativa al papel de los partidos políticos hacia este asunto: “Los partidos políticos a nivel europeo son importantes como factores de integración de la Unión. Contribuyen a la formación de una conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la UE”<sup>156</sup>.

Según un estudio realizado en 2004 los miembros del Parlamento tenían una visión diferente sobre la inmigración en función de que fueron de partidos

---

<sup>155</sup>Acuerdo sobre política social, anexo adjunto al Tratado de Maastricht, art. 3, párrafo 2

<sup>156</sup>El Parlamento Europeo fue la institución principal que expresó este deseo, ya que está formado por representantes de la política nacional agrupado en nueve grupos de acuerdo con la ideología política de carácter transnacional.

políticos más de derecha o de izquierda. En particular, los miembros de los partidos de izquierda resultaron más favorables a la reducción de las desigualdades sociales y a la ampliación de los derechos, incluidos a los inmigrantes, y también más favorables a delegar a la autoridad de las instituciones de la UE la regulación de la inmigración. Estas razones ideológicas no fueron suficientes a eliminar las demasiadas diferencias ideológicas que estaban a la base de las tradiciones nacionales de los partidos políticos y de la experiencia nacional hacia la inmigración. En particular, los partidos socialistas y los partidos ambientalistas se declararon a favor de una integración más plena de los inmigrantes intentando lograrla de una manera diferente, ya que la inmigración en sus propios países estaba en una fase diferente. Por ejemplo, Francia y Gran Bretaña estaban de acuerdo en el hecho de que se estaba viviendo una recesión de la inmigración debida al problema histórico pasado a lo largo de muchos años. Mientras que Italia y Alemania estaban de acuerdo en el hecho de que la inmigración fuera un fenómeno creciente<sup>157</sup>.

Alemania, fue un país de “antigua” inmigración, sin embargo consideró los inmigrantes como personas temporalmente presentes en su territorio, solamente a partir de los años noventa junto con el inicio de una verdadera política de inmigración.

Otro factor relevante a tener en cuenta fue la posición hacia la Unión Europea. En general, los partidarios de una comunitarización de la Europa occidental también estaban a favor de una comunitarización de la inmigración. De hecho, los partidos de extrema derecha se opusieron a una identidad europea en todos los ámbitos y entre ellos también en el tema de la

---

<sup>157</sup>Italia se ha convertido en un país de inmigración empezando un primer ajuste de la cuestión

inmigración<sup>158</sup>. Así que con la introducción del Tratado de la Unión Europea, la política de inmigración de la Unión se incluyó en el “tercer pilar” el de la Justicia y Asuntos Interiores, pero limitadamente al asilo y al reconocimiento mutuo de los visados de tránsito.

En este pilar, las decisiones debían ser votadas por unanimidad de los Estados miembros y la Corte Europea de Justicia. Muchas fueron las críticas ya que, dadas las condiciones, las únicas políticas que podían ser incluidas en el primer pilar eran las del control de las fronteras exteriores de la UE. Lo que puso de relieve el hecho de que la cuestión de la política de integración quedaba ligada, principalmente, a razones de seguridad más que a problemas económicos así que el tercer pilar, en lugar del primero, generó no pocas críticas en la Unión, en particular por Parlamento Europeo y por la Comisión que pusieron de relieve las deficiencias del tercer pilar. En particular, la principal queja al Consejo derivó del hecho de que estas dos instituciones, Parlamento Europeo y Comisión, incluidas en el Título VI, tenían pocas competencias así que se detectó: “la falta de eficiencia”, y “la falta de control democrático y judicial”, “métodos anticuados y superados”, “la falta de coherencia y eficacia”<sup>159</sup>. En particular, estas instituciones proponían las siguientes modificaciones: 1) la comunitarización de las cuestiones relativas a la libre circulación, 2) la definición de objetivos claros, 3) la adopción de herramientas comunitarias, 4) el reconocimiento de la Corte de Justicia y 5) la integración de Schengen en las políticas de la UE.

Los defectos detectados en el sistema de cooperación intergubernamental en este ámbito fueron resumidos brevemente por Adam de la siguiente manera: “contenidos y objetivos confusos y heterogéneos, mecanismos de decisión

---

<sup>158</sup>En este sentido Vid. LAHAV G., “*Immigration and politics in the...*”, op.cit

<sup>159</sup>TELÓ M., MAGNETTE P., *De Maastricht a Amsterdam: l'Europe....*op.cit., págs. 163-182

inmanejables e ineficientes, herramientas de acción de naturaleza dudosa e incierta, ausencia casi total de una forma de control parlamentario y jurisdiccional”<sup>160</sup>. La entrada en vigor del Tratado de Maastricht, sin embargo, representó un paso adelante en materia de inmigración y asilo. El Título VI incluyó la obligación de cooperar en la materia, reconociéndola como de interés común para la Comunidad. La transición de la cooperación intergubernamental, y la obligación de cooperación fue para la opinión pública y para los Estados miembros por supuesto, una gran prueba de voluntad<sup>161 162</sup>.

#### *I.2.1.b. LOS CAMBIOS CONSECUENTES A LA INTRODUCCIÓN DEL TRATADO DE MAASTRICHT*

La cooperación intergubernamental definida en el tercer pilar del Tratado de Maastricht tenía que ser capaz lograr la armonización de las políticas para controlar los flujos migratorios y facilitar la integración de los inmigrantes de terceros países. Estas políticas de inmigración de la comunidad no pretendían sustituir las políticas nacionales de los Estados miembros, sino dar las directrices en la aplicación de las regulaciones existentes y en las redacciones futuras<sup>163</sup>.

Los Estados miembros, teniendo en cuenta el momento histórico particular, tuvieron el objetivo de bloquear la inmigración internacional, para lo cual

---

160ADAM R., “*La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*”, en *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 2-3 ,1998

161Comunicación de la Comisión del 23 de febrero de 1994, núm. 76 y 77, pág. 321

162Otro éxito fue el hecho de que a pesar de que estábamos en un plan para la cooperación intergubernamental, sin embargo, se incluyó en el marco institucional de la Comunidad.

163LANG A., NASCIMBENE R, “*Italy's participation in EU Immigration and Asylum Policy*”, *The International Spectator*, 1997, pág.53

adoptaron las directrices de la Unión así como políticas nacionales mas restrictivas. Sobre esta base, los Estados comenzaron a alinear sus posiciones políticas y comenzaron a moverse hacia la institucionalización de la cooperación en materia de justicia y asuntos interiores. Esta fase pos-Maastricht, se llamó “segunda generación de la cooperación” en contraste con la fase pre- Maastricht, conocida como “la cooperación de la primera generación”<sup>164</sup>.

En noviembre de 1992, en Londres, fueron establecidos los estándares para la admisión de los inmigrantes y sobre la base de ellos, ningún Estado debía ampliar la protección de los extranjeros o incrementar la admisión de extranjeros a través de la reagrupación familiar.

Los estándares de Londres se tradujeron posteriormente en los siguientes documentos: “Resolución sobre la solicitud de asilo manifiestamente infundadas”, “Resolución sobre un enfoque armonizado en cuestiones relativas a terceros países”, “Conclusión sobre los países donde existe un grave riesgo de persecución”, “Una solución basada en la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar” (transformado en una resolución de los Ministros a Copenhague el 2 de junio de 1993) y “Recomendación sobre las prácticas que deben seguirse en la expulsión de los Estados”, además, de una publicación en prensa del 30 de noviembre de 1992, que ofreció explicaciones sobre cómo aplicar los documentos anteriormente mencionados<sup>165</sup>.

Cabe señalar como, bajo un punto de vista jurídico, estos documentos no

---

164LAVENEX S., UÇARER E. M., *“Migration and externalities of european integration”*, Lanham, Lexington Books, 2002, págs 24- 26

165Además, fue presentada una resolución sobre la “Armonización de las políticas nacionales sobre la admisión de trabajadores extranjeros” por parte de los Ministros que se ocupaban de la cuestión, aunque el texto de este documento no fue considerado ni en Londres ni en Copenhague.

eran más que recomendaciones que tuvieron poco impacto en las políticas de los Estados y que se quedaron en principios básicos introducidos por los Ministros de los doce Estados participantes, más que en verdaderas normas. Por tanto, parece que los Estados quisieron acordarse para el futuro, en lugar de adaptar su legislación nacional. Sin embargo representaron una presión sobre los parlamentos de los Estados, que tuvieron que adaptar su legislación a estas disposiciones. Estos preceptos fueron transpuestos por el Parlamento Europeo, que declaró la urgencia de una comunitarización de la materia a través de una participación de la UE a nivel del Parlamento Europeo y de la Corte de Justicia en la creación de nuevas leyes europeas en materia de extranjería.

En diciembre de 1992 durante la Cumbre de Edimburgo, el Consejo Europeo adoptó la Declaración sobre los principios que gobiernan los aspectos exteriores de la política de inmigración<sup>166</sup>. Estos principios eran: el respeto de los derechos humanos y la protección de las personas que huyen de regímenes opresores o de las guerras, la cooperación económica con los países de emigración con el fin de reducir los motivos económicos de la inmigración, la reducción de la pobreza mediante la creación de empleo y ayudas, la lucha contra la inmigración ilegal, acuerdos bilaterales con los países de origen o de tránsito para garantizar la repatriación de inmigrantes ilegales, la repatriación de inmigrantes ilegales en zonas de seguridad cerca de su país de origen. Sin embargo, tras esta reunión, el Consejo de Ministros no incluyó en su agenda de relaciones la inmigración hasta el año 1996.

Sobre la base, entonces, del Título VI del Tratado de la UE fueron adoptados por el Consejo 41 actos en materia de inmigración, desde 1994 hasta finales de

---

<sup>166</sup>European Council in Edinburgh. Conclusion of the Presidency. The European Councils. Conclusions of the Presidency 1992-1994, European Commission publication, 1995



1997, entre los que se incluyen: la Acción común de 16 de diciembre de 1996 (97/11/JAI) relativa a un modelo uniforme de permiso de residencia y la Decisión del Consejo, de 26 de mayo de 1997 (97/340/JAI) sobre el intercambio de información relativa a la asistencia para la repatriación voluntaria a su país de origen de los nacionales de terceros países.

Sobre el tema específico socio-cultural de los inmigrantes extranjeros, sólo encontramos algunas Resolución del Consejo, como por ejemplo la Resolución del 20 de junio de 1994, sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para el empleo, o la Resolución del 4 de marzo de 1996, sobre la situación de los nacionales de terceros países que residen permanentemente en el territorio de los Estados miembros. Se trata, por lo tanto, de actos no normativos que se limitan a establecer un marco general de la situación, solicitando a los Estados tomar en cuenta los principios contenidos en ellos.

Esta situación confirma la dificultad del legislador comunitario para legislar sobre la integración de ciudadanos extranjeros en situación legal en Europa. Se trató, por supuesto, de cuestiones que, incidiendo sobre las delicadas realidades interiores y ligadas, sobre todo, al tema de la ciudadanía nacional, pusieron en evidencia todas las diferencias existentes en la manera de enfrentarse al fenómeno de la inmigración por parte de los Estados.

Por el contrario, la aplicación de medidas comunes de contención y control de la inmigración fue siempre un tema en el que fue más fácil llegar a acuerdos específicos entre los Estados y la Comunidad, dado que estas cuestiones fueron y siguen relacionadas con el fortalecimiento de la seguridad interior en cada Estado miembro. Parte de la doctrina está de acuerdo en que la labor

emprendida en el marco del tercer pilar no dio resultados muy satisfactorios<sup>167</sup>. También se pusieron de relieve los problemas de coordinación entre las actividades de los Estados celebradas en el tercer pilar y el ejercicio de las competencias, incluso aquellas mínimas conferidas a los órganos por Tratado<sup>168</sup>.

En cuanto a la Comisión, cabe señalar su intención de contrarrestar el énfasis en las medidas de control de las fronteras, que por cierto trató de armonizar a través de las políticas de inmigración y asilo en la Unión. Con el objetivo de la integración social de los inmigrantes en los Estados miembros, la Comisión, emitió una serie de comunicaciones e informes al Parlamento Europeo y al Consejo. En una de la más importante<sup>169</sup>, se destacaban tres directrices para las políticas de inmigración que tenían que caracterizar las políticas de inmigración del Euro-sistema en los siguientes años: 1) La cooperación con los países de origen 2) Prevención y control de los flujos migratorios de la inmigración hacia la UE a través de los parámetros de gestión comunitaria 3) el fortalecimiento de las políticas de integración para los inmigrantes que vivían legalmente en la Unión. Dentro del fortalecimiento de las políticas de integración, la Comisión propuso una serie de objetivos tales como el fortalecimiento de la integración social, el desarrollo de la comunicación y un foro para el diálogo, la lucha contra el racismo y la

---

167Por ejemplo, no fue posible la adopción de normas comunes sobre la entrada en Europa para los nacionales de terceros países, de hecho, una cuestión estrechamente vinculada a la aplicación plena de la libre circulación de personas dentro de la Comunidad.

168En materia de visados hubo una división entre el poder de los Estados para determinar las condiciones para la expedición de visados a los nacionales de terceros países, y la competencia de la Comunidad para identificar los países cuyos nacionales debían estar en posesión de un visado para entrar en un Estado miembro.

169“Mejorar las condiciones de la vivienda y el empleo: integración de los inmigrantes de países no comunitarios”.

xenofobia<sup>170</sup>.

Este documento no escapó a la atención del Comité Económico y Social, que en un dictamen de 1994 destacó su “excelente base para la evolución necesaria de la política comunitaria de inmigración y asilo”<sup>171</sup>. Durante esta transición, la Comisión siempre desarrolló su actividad de iniciativa legislativa en materia de inmigración, preparando una serie de documentos específicos, entre los cuales cabe mencionar: la comunicación de 23 de febrero de 1994 (COM 1994/23), sobre las políticas de asilo e inmigración y la propuesta de Directiva de 24 de agosto de 1995, relativa al derecho a viajar dentro de la Comunidad para los nacionales de terceros países (COM/95/346). Se trata de dos documentos que, aunque obsoletos por la evolución reciente del Derecho comunitario, permiten entender la lenta evolución que ha tenido lugar este ámbito.

En los años siguientes, el Parlamento intentó presionar a la Comisión fortaleciendo su papel en el tercer pilar para garantizar que se pudieran implementar los esfuerzos, pero, por lo menos inicialmente, la Comisión aceptó la posición del Consejo y justificó su posición ya que, de otra manera, los Estados miembros se hubieran alejados cada vez más de las instituciones comunitarias. De hecho, la Comisión fue interrogada en dos ocasiones, en 1993 y 1995, sobre la ausencia de recursos que incrementaran la transición del tercer pilar hacia el primer pilar. En la primera respuesta, la Comisión, apoyada por el Consejo, justificó su conducta diciendo que antes de cualquier prueba adicional era necesario atestiguar las instituciones previstas por el Tratado de

---

<sup>170</sup>BROCHMANN G., “*The current traps of european immigration policies*”, Malmö University, Willy Brandt Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relation, 1/03, 2004, págs. 9- 14

<sup>171</sup>Se trata del dictamen del 10 de agosto de 1994 relativo a la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las políticas de inmigración y asilo”, COM(94)23

la UE. En la segunda, dio una respuesta positiva a la comunitarización y justificó su comportamiento diciendo que si se fuera fosilizada en una posición contraria a los Estados se hubiera completamente bloqueado el tercer pilar. El Parlamento también movió denuncias contra el Consejo, sobre todo porque aquel no había sido informado de los debates que tuvieron lugar en el Consejo, que entonces se mantuvieron en secreto entre los Estados miembros. Este comportamiento privó del tercer pilar de la transparencia necesaria.

En este preciso momento histórico se registra, además, una nueva realidad inmigratoria, representada por el colectivo de los menores de edad, objeto de la presente investigación. Como destaca Cristina Elías Méndez, “el Derecho de la Unión Europea no ofrece, por el momento, una protección específica y sistemática del niño o adolescente inmigrante, sino transversal y dispersa a través de abundantes actos de las instituciones comunitarias y, de forma indirecta, mediante previsiones de la política social, de protección de los consumidores, de educación y salud pública”<sup>172</sup>.

---

172 ELÍAS MÉNDEZ C., “*La protección del menor inmigrante...*”, op.cit. pág. 330

## **CAPÍTULO II**

### **MENOR DE EDAD Y MENOR DE EDAD INMIGRANTE: EL MARCO JURÍDICO-LEGAL**

**II.1.** El menor de edad como sujeto jurídico y su amparo II.1.A. Tratamiento jurídico de los menores de edad en el orden preconstitucional, II.1.B. Hacia el reconocimiento de la personalidad del menor, *II.1.B.a. El menor de edad como sujeto de derecho, II.1.B.b. Un apunte sobre el menor de edad en la Constitución Española, II.1.B.c. La deficiente identificación de los derechos del menor*

**II.2.** Las normas supranacionales

**II.3.** Las normas constitucionales españolas aplicables, II.3.A. El artículo 39 de la Constitución Española, II.3.B. Aproximación al concepto ciudadanía del menor de edad.

**II.4.** El menor de edad en el Derecho Civil Español, II.4.A. La Ley de Protección Jurídica del Menor y su reciente aplicación, II.4.B. Los derechos de los menores en la Ley de Protección Jurídica de los Menores de edad, II.4.C. El menor en situación de desprotección social, *II.4.C.a. La guarda y el guardador de hecho.*

**II.5.** La Ley de Extranjería y sus sucesivas reformas, II.5.A. El proceso de elaboración de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero y sus posteriores reformas, *II.5.A.a. Los menores inmigrantes no acompañados en la Ley de Extranjería,* II.5.B. El Reglamento de desarrollo

\* \* \*

Este segundo capítulo, el “corazón” del presente trabajo, se caracteriza por dos partes unidas por el mismo común denominador: los aspectos jurídicos-legales que perfilan la figura del menor de edad y el entorno en que se mueve. Por un lado, entonces, trataremos el menor de edad y el menor de edad inmigrante no acompañado como sujeto jurídico a proteger, mientras que en la

segunda parte pondremos de manifiesto las exigencias jurídicas de este colectivo. A la hora de aproximarnos al perfil del menor de edad y del menor de edad inmigrante, nos parece conveniente tratar los cambios ocurridos alrededor de la figura de menor de edad en los sistemas occidentales, donde el menor de edad ha pasado de ser una parte, una “herramienta” de la familia a verdadero sujeto jurídico.

Seguiremos con el marco legal que las normas internacionales, nacionales y autonómicas reconocen a este colectivo. Una vez aclarada la posición jurídico-legal, abordaremos las exigencias jurídicas de los menores intentando desempeñar la difícil tarea de encontrar el equilibrio entre las necesidades de los menores de edad, las del Estado y la aplicación práctica de las normas existentes.

## II.1 EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO JURÍDICO Y SU AMPARO

Si el niño no existe como persona para la sociedad, para el mismo Derecho sólo puede ser “una sombra”. Pensemos en lo que dice Philippe Aries, el más destacado historiador sobre la infancia y autor pionero que allanó el camino para un cambio conceptual, un paso que, como apunta Sgritta, describe el pasaje “desde la análisis de la situación de los niños a la de la infancia como una categoría, como elemento estructural permanente de la sociedad”<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup>SGRITTA, “*La cittadinanza negata*”, en MAGGIONI, BARALDI (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell’infanzia*, Quattro Venti, Urbino, 1997, pág. 41. La tesis central de Ariès es que la infancia está construida socialmente, entonces específica en ciertos lugares y en ciertos momentos de la historia humana. En particular, según Ariès, la “descubierta” moderna de la infancia ha comportado, para los niños, su clausura entre el

Esta reflexión identifica cómo la consideración social y jurídica del menor se aleja de la de los adultos, en la medida en que estos últimos la reconozcan como categoría social, lo que implica importantes consecuencias sobre todo en términos de pérdida o adquisición de derechos. Ariès<sup>174</sup> hace hincapié en que en épocas anteriores, el niño no valía nada, también porque, no sólo a nivel psicológico sino también físico, era simplemente una “promesa” de hombre y su supervivencia era muy problemática, por lo tanto no “valía la pena tenerle cariño”. También es cierto que las palabras "niño", "menores", tienen una origen con una fuerte connotación negativa<sup>175</sup>, expresión de una forma de ver la infancia como una condición de los niños tal que seres imperfectos que aún no cuentan con las facultades intelectuales de un adulto, comparables entonces a “pequeños animales” que deben y pueden ser formados, moldeados como la arcilla en seres plenamente homólogos al modelo predeterminado del mundo adulto.

El cardenal de Bérulle ya escribió en el siglo XVII que la condición de los niños parecía ser *"la más vil y despreciable"* o, peor aún, las palabras de Bossuet que afirmaban que *"la infancia es la vida de una bestia."* Incluso en el Siglo de las Luces, escritores como Voltaire y Rousseau consideraban normal normal confinar sus numerosos hijos, de los cuales tampoco recordaban ni la cara ni el nombre, en orfanatos<sup>176</sup>.

En Europa los niños fueron enviados a trabajar en el campo a la edad de

---

ámbito de la familia y la segregación en varios sistemas educativos que implican siempre un control, pero también autoritarismo y correccionalismo por lo menos en las condiciones donde se desarrolla históricamente la transición hacia la modernidad.

174ARIÈS P., *“Padre e figli nell’Europa medievale e moderna”*, Laterza, Bari, 1976, pág.48

175La palabra niño tiene origen en una palabra utilizada con significado de “tonto, tontito”; del francés “marmot” que indica como un mono; menor del latín “minor, minus” que subraya fuertemente una condición de debilidad y de dependencia, término lamentablemente utilizado en nuestro ordenamiento jurídico para indicar globalmente la posición del sujeto en edad evolutiva. Cfr. : Ariès, *op. cit*

176Las citas son traídas de la obra de Ariès.

seis/siete años; en las fábricas de algodón de Estados Unidos en 1830 el 20% de la mano de obra fue representada por niños menores de 12 años. Es destacable como la herramienta pedagógica, en las familias y en la escuela, fue integrada por los castigos corporales (en las escuelas inglesas existía un especialista en el castigo corporal, el “flagelante”), pero esto no sorprende si pensamos que Calvino había indicado que “sólo rompiendo plenamente la voluntad del niño, este puede ser salvado por el espíritu innato de maldad inherente en él”<sup>177</sup>.

#### II.1.A. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ORDEN PRECONSTITUCIONAL

A nivel jurídico, ésto no podía dar una respuesta satisfactoria a las necesidades específicas y autónomas de la infancia, también por razones intrínsecas a la propia estructura del ordenamiento pre-constitucional. Desde esta perspectiva, el tratamiento jurídico de los niños no difiere del que le ha sido otorgado a otras personas (personas con discapacidad, presos, enfermos,... en una palabra, los sujetos “débiles y vulnerables” de la sociedad), cuyas condiciones especiales deberían haber llevado a la acción reguladora y a tutelas diferenciadas en función de las necesidades expresadas por cada una de estas categorías. “La tendencia de la codificación constitucional europea del siglo XIX, muy animada, fue considerar sólo al “sujeto unificado” es decir al sujeto normal de la sociedad burguesa”<sup>178</sup>, dentro de una concepción esencialmente patrimonial del derecho, que tomase en cuenta el eje portante,

---

<sup>177</sup>Los ejemplos son traídos de CUNNINGHAM, “*Storia dell’infanzia dal XVI al XX secolo*”, Il Mulino, Bologna, 1997

<sup>178</sup>MORO, “*Manuale di diritto minorile*”, Zanichelli, Bologna, 2000, pág. 6



consistente en el derecho a la propiedad, con la inevitable consecuencia de deshacerse de las personas que tienen pocos intereses de naturaleza patrimonial y, al revés, considerables intereses en el campo de los derechos humanos.

Es interesante observar en este contexto que, a pesar de que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, las ciencias humanas como la psicología, la pedagogía y la sociología, comenzaron a estudiar el tema de la infancia y sus necesidades injustamente no consideradas<sup>179</sup>, el Código Civil, no sólo español, regulaba y tutelaba, de manera muy cuidadosa los derechos patrimoniales de los menores, ignorando identificar con la misma atención y garantía los derechos de la personalidad. Estos derechos, cuando se concretizaban (y era un ámbito muy específico), se traducían más que nada en deberes principalmente por los padres y sólo regulaban la conducta que tenían que adoptar con los niños.

Por lo tanto, a estos últimos, no se le reconoció su verdadera y propia titularidad a sus derechos, titularidad que hubiera comportado la individuación de herramientas operativas, legislativas, administrativas y judiciales necesarias para la promoción y actuación de los mismos. A modo de ejemplo, pensemos cómo en la legislación italiana, la protección del niño recién nacido era posible bajo las reglas de la asignación de derechos patrimoniales antes del nacimiento; de manera precisa y oportuna los padres o el tutor administraban los bienes de propiedad de los menores y los alimentos. Se decretó, sin

---

<sup>179</sup>Por mucho tiempo y hasta un pasado bastante reciente, las investigaciones conductas sobre la infancia han sobre todo interesado la esfera de la psicología, de la pedagogía y de la pediatría, asumiendo como paradigma lo de concebir la infancia en términos de estados evolutivos, dejando substancialmente la temática de la infancia como categoría social. También cuando el acento estaba puesto sobre el proceso de socialización, la legitimidad de un sujeto infantil aparecía negada, porque tal proceso venía entendido como un recorrido unidireccional, donde el niño adquiría pasivamente la sabiduría de la sociedad adaptándose a ella.

embargo la muerte civil de los hijos adúlteros.

También el sistema penal tiende a proteger únicamente la integridad física de los niños víctimas de un delito, sin tener en cuenta la necesidad de protección de su salud mental causada con frecuencia por su propio entorno de relaciones familiares. La visión que tiene de la familia el legislador, fuertemente afectado por el clima cultural de diversas épocas, es hoy una visión totalmente inaceptable. La institución de la familia es protegida como un conjunto, preservando al mismo tiempo un honor y una moral familiar no especificados. Se concibe a la familia como un ente supraindividual cuyos intereses se superponen a lo de los miembros que la componen.

El niño es visto como un sujeto subordinado en un núcleo que tiene fuertes poderes sobre él. Por eso, el delito de abandono sólo existía si había peligro para la seguridad física del niño y no cuando, como consecuencia del abandono por los padres, el niño había sufrido una lesión debido a la expulsión de su medio de vida; o el abuso de los medios de corrección fue castigado sólo si podía derivar un peligro de enfermedad. Pero cuando el niño es autor de un delito, emerge la imagen de una infancia gueto, considerada desviada y por lo tanto capaz de desorientar y causar daños a la convivencia pacífica de las comunidades.

Muy lento en este ámbito ha sido, lamentablemente, el reconocimiento de que las conductas delictivas de los niños son siempre un síntoma de una situación de escasez, tanto en términos de las necesidades materiales, como en las necesidades no materiales, por tanto la acción penal no debe constituir la oportunidad de confirmar la figura del niño como desviada, ratificando de hecho su exclusión total y definitiva, sino una oportunidad para reactivar el proceso de formación que se haya interrumpido sin su culpa, por la prestación de programas de rehabilitación y medidas alternativas a la detención. De

hecho, la lógica de las intervenciones anteriores no se destina a acciones que promuevan la reintegración del niño en la sociedad reduciendo así el riesgo de comportamiento criminal futuro: el ordenamiento simplemente se limitaba, y limita, a mostrar algo de buena voluntad hacia el “pequeño hombre”, reduciendo la pena y consintiendo intervenciones clementes, moviéndose en una lógica puramente paternalista.

Del mismo modo, para los menores que tienen dificultad para socializar las intervenciones asistenciales del ordenamiento, en particular pre-constitucional, se radicaron, a lo largo del tiempo, en la necesidad de una protección adecuada de la comunidad de adultos y no en superar aquellas diferencias en las posiciones de partida que impiden al menor realizar un regular proceso de crecimiento.

Otros ejemplos serían posibles, pero el concepto de infancia no cambiaría: la imagen de una infancia colonizada, segregada, aplastada. Ciertamente, este marco de valores está destinado a cambiar con la promulgación de la Constitución, al menos en teoría, pero también se conoce cuan lento fue el proceso de cambio y adaptación de la legislación ordinaria con los principios proclamados en la misma<sup>180</sup>.

Esta perspectiva ha sido un paso definitivo hacia adelante en comparación con las primeras elaboraciones doctrinales en materia infantil originariamente limitadas sólo a la esfera penal aparentemente favorable al menor y que en realidad se presentaba altamente represiva y punitiva, cuyo menor era marginado bajo la justificación por parte de la doctrina y la sociedad civil. Es

---

<sup>180</sup>Por ejemplo, la doctrina de claro marco conservador, con referencia a las disposiciones constitucionales del significado cierto y claramente preceptivo, que habría comportado una radical reforma de las normas del código civil en materia de filiación. Más en general si afirmaba que se trataba de previsiones de naturaleza directiva entonces de valor programático, no capaces de modificar la legislación porque no eran directas, ni de inmediata aplicación.

también cierto que esta concepción “acaba por alimentar, en lugar de romper, a través de la individuación de posiciones específicas y excepcionales, el aislamiento de la categoría infantil, junto a otros grupos (ancianos, discapacitados...), rechazando la alternativa de un reajuste global que devuelva a cualquier ciudadano la totalidad de sus derechos”<sup>181</sup>, conclusión que hubiera tenido que llevar a cabo la interpretación correcta de los principios constitucionales.

#### II.1.B. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO DE DERECHO

Básicamente hemos observado como en realidad el derecho subjetivo no existe si no es posible ejercerlo, es decir, “si la ley no actúa, en beneficio de los niños, las condiciones necesarias para que sus derechos fundamentales puedan ser ejercidos válidamente, se puede decir que, de hecho, los niños no gozan del pleno reconocimiento de la subjetividad jurídica”<sup>182</sup>.

A modo de introducción en el tema de la capacidad del menor, resulta ilustrativa la teoría de Girolamo Andrea Coffari, según la cual se identifican siete condiciones lógicas y jurídicas que representan “las condiciones para el ejercicio efectivo de la *facultas agendi* que, como sabemos, es la esencia del derecho subjetivo”<sup>183</sup>: 1) el reconocimiento formal 2) el conocimiento, 3) la capacidad de comunicar, 4) la imputación de responsabilidad, 5) el control, 6) la capacidad de obrar, 7) los medios adecuados de protección.

Con respecto al primer elemento, el “reconocimiento formal”, volvemos a la

---

181DOGLIOTTI, “Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali”, en *Diritto di Famiglia*, 1977, pág. 957

182GIROLAMO ANDREA COFFARI, “*I diritti dei bambini: un debito con la storia*”, en Francoangeli 2007, pág. 26

183GIROLAMO ANDREA COFFARI, “*I diritti dei bambini: un debito....*” op.cit., pág. 27

génesis de nuestro derecho: no hay derecho individual si no es reconocido formalmente por la ley. Puntual es la falta constitucional en este sentido.

Al mismo tiempo, tenemos que reconocer la existencia de ciertos derechos entendidos como sub-especies de los derechos garantizados a los individuos. Este pasaje es importante porque una vez más vemos que el reconocimiento de la protección del niño está relacionado directamente con la protección que los adultos deben ejercer sobre y para el niño, olvidando por lo tanto, la verdadera personalidad de este.

Por “conocimiento” se define lo que cada adulto debe tener acerca del malestar que el niño está sufriendo. Psicológicamente, los menores o los niños que sufren, es decir los niños cuyos derechos han sido violados, se identifican con el problema hasta vivir con él. El profesional-adulto debería tener la formación útil para reconocer los síntomas. Aquí tenemos que admitir la buena apertura que las instituciones están dando a esta formación especializada.

Respecto a la “capacidad de comunicar”, el niño debido a su propia condición, no se comunica con el adulto; en las pocas ocasiones en las que esto ocurre, el adulto se encuentra con serias dificultades en la escucha.

Por lo tanto, en relación con el punto anterior, se reafirma la necesidad de formación específica en este ámbito, formación que no se limite sólo a la escucha de las palabras, sino que se dedique al estudio de sistemas con los que el niño se expresa, como dibujos o comportamientos físicos.

“Imputación de responsabilidad:” se entiende como una obligación por parte de los adultos de actuar en el momento en que tomen conciencia de los elementos que describen malestar del niño y luego procedan con la protección del mismo. Por otro lado, lo que el futuro nos reserva es el reconocimiento de la personalidad del niño y el derecho a decidir, que en este sentido, parece enfrentarse con la teoría de que “el adulto que sabe tiene que denunciar”.

Probablemente, las nuevas políticas sociales tendrán que desarrollar la capacidad de denunciar por parte del niño sin que el adulto siga actuando como su representante.

En lo que se refiere el “control”, la teoría Coffari distingue entre control subjetivo y la necesidad de una actividad por parte de un organismo público. En el primer caso “se refiere a la necesidad de vigilar el bienestar del niño....”<sup>184</sup>. El segundo elemento reconoce la necesidad de “verificar el funcionamiento legal de las instituciones cuyas decisiones afectan la vida de los niños”<sup>185</sup>.

Según lo explicado anteriormente, ésta es probablemente la mejor herramienta en la gestión de esta difícil relación entre todos los sujetos, por lo menos hasta cuando no haya un reconocimiento unánime de la personalidad del niño.

La “capacidad de obrar”: no existiendo el reconocimiento de la capacidad del niño para actuar sino a través de sus padres, es necesario regular con profunda atención la disciplina que permite actuar en nombre y cuenta del menor, hasta llegar gradualmente al reconocimiento legítimo de la capacidad directa de obrar del niño mismo<sup>186</sup>.

Por último, los “medios adecuados de protección”, es tal vez el mayor compromiso que la política jurídica tendrá que asumir; el reconocimiento de un conjunto de garantías jurídicas, que no existe todavía, así como hacer frente a la rápida evolución de las políticas sociales que están cambiando el concepto del menor. Básicamente vemos como “los derechos de la personalidad, absolutos, imprescriptibles, inalienables e indisponibles, protegidos con

---

184GIROLAMO ANDREA COFFARI, “*I diritti dei bambini: un debito...*”, op. cit., pág. 31

185idem

186En el caso del Código Civil Español, destacamos como esto ya no es así, al revés se reconoce al menor la capacidad de obrar aunque con limitaciones legales.

máxima energía por el ordenamiento, se convierten en una declaración vacía si se desconecta de la posibilidad real de ejercicio efectivo; es nuestra opinión que hay una grave deficiencia del sistema legal que garantiza al niño la subjetividad jurídica plena, en cuanto de una parte reconoce formalmente los derechos fundamentales y específicos de los niños y de otra todavía no ha elaborado y aplicado la teoría de la capacidad efectiva de ejercer sus derechos”<sup>187</sup>.

#### *II.1.B.a. LA DIMENSIÓN DEL MENOR DE EDAD COMO SUJETO AUTÓNOMO*

Ahora bien, en las disposiciones constitucionales la atención a la protección del niño/niña como sujeto débil ha conducido a una subestimación de la dimensión real del menor como persona que vive aquí y hoy, además de estar destinado a convertirse en el futuro una mujer o un hombre. La marcada atención a la protección, en otras palabras, hace difícil tener una visión del menor verdaderamente llena, es decir no solo como sujeto a proteger, sino también como sujeto auto suficiente, que tiene su propia personalidad, en parte en formación, pero en parte ya formada.

Esta nueva perspectiva ha tenido un rendimiento consistente y sistemático sobre todo en ámbito supranacional, donde algunos hechos han dictado la alteración de la sensibilidad, convirtiéndose en un vehículo para el cambio dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque no por orden cronológico, el acto principal en primer lugar, es sin duda la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General

---

<sup>187</sup>GIROLAMO ANDREA COFFARI, “*I diritti dei bambini: un debito...*”, op. cit., pág. 32

de Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989<sup>188</sup>, que corona el camino trazado en el plano internacional de la Declaración de 1924 de Ginebra sobre los Derechos del Niño<sup>189</sup> y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y continuada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>190</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>191</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>192</sup>, así como los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales que se preocupan de proteger a los menores.

El alma de la Convención de 1989, junto con las disposiciones inspiradas en una lógica de entender al menor como sujeto débil, contemplan sin embargo disposiciones que hacen hincapié en la autonomía de los niños<sup>193</sup>. Emblemático en este sentido es el artículo 12 de la Convención, según el cual se debe garantizar que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Con tal fin se prevé que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea

---

188El texto fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990.

189Fue la primera declaración de derechos del niño, de carácter sistemática, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

190Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus 30 artículos los Derechos Humanos considerados básicos.

191Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

192*idem*

193Según el art. 1 de la Convención de los derechos del niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.



directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

La dimensión del menor como un sujeto autónomo, sin embargo, es claramente perceptible, por ejemplo en el art. 13, que reconoce al niño el derecho a la libertad de expresión<sup>194</sup>, o el artículo 14 que requiere la observancia del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el art. 15, sobre los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de reunión pacífica.

Estas disposiciones nos describen un sujeto que no se percibe sólo como un beneficiario de protección, sino también como un protagonista activo de la vida social, que interviene como persona individual o en equipo.

El objeto específico de estos mandatos ha hecho posible, por supuesto, que la Convención afrontara en detalle las cuestiones que a las normas generales les resulta más difícil tratar. Sobre la base de este hallazgo, el contenido innovador de la Convención de 1989 podría ser el “fruto maduro” de una nueva sensibilidad, pero también podría ser una consecuencia lógica de la especificidad de la Convención, cuyo alcance no habría impuesto una selección – al revés indispensable en una ley, Carta de derechos generales -de los perfiles más relevantes de los cuales las disposiciones antes mencionadas podrían ser borradas. La consagración definitiva de este nuevo enfoque del estatus jurídico de los menores no podría no pasar a través de su manifestación en una declaración de derechos de alcance general.

A la luz de estas consideraciones, resulta especialmente importante la Carta de Derechos Fundamentales, firmada y proclamada por los Presidentes

---

<sup>194</sup>Incluyendo la “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

del Parlamento Europeo y Comisión en el Consejo Europeo de Niza del 7 de diciembre de 2000. En ella se incluyeron algunas normas que se pueden encontrar en la totalidad o mayoría de las constituciones contemporáneas<sup>195</sup>; sin embargo, se añadió en el capítulo sobre la igualdad un artículo separado, el artículo 24, sobre los “Derechos del niño”<sup>196</sup>.

En los tres apartados que componen el artículo se pone de relieve la complejidad de la legislación sobre la infancia, disciplina hacia la protección de un sujeto débil (“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”: apartado 1, primer período) - esencial para la protección producida por la relación con los padres (“Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”; párrafo 3), pero también por la intervención de los poderes públicos y la comunidad en general (“En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”; apartado 2) - sin descuidar la dimensión del menor como miembro activo de la sociedad, capaz, con el paso de la edad, de cumplimentar actos siempre más conscientes, tanto para sí mismo como en la vida de relación. En este sentido, es particularmente

---

<sup>195</sup>Pensamos por ejemplo al artículo 14: “1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

<sup>196</sup>Artículo 24: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

significativo lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1, que garantiza a los niños el derecho a expresar libremente sus opiniones, destacando que este derecho, *ex se* importante, resulta aún más significativo cuando la opinión expresada tenga efectos directos sobre el menor, de modo que se indica que “esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

Con una redacción concisa, el artículo 24 de la Carta de Niza, pudo recoger en pocas disposiciones los perfiles que constituyen la condición jurídica del menor, haciendo explícita la necesaria adopción de un nuevo enfoque.

#### *II.1.B.b. UN APUNTE SOBRE EL MENOR DE EDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

Si nos situamos en el Derecho español, es cierto que existe una amplia normativa que toma en consideración al menor de edad. Si bien es cierto que la Constitución Española apenas menciona al menor de forma expresa en su articulado, ésta debe ser apreciada en función, no sólo de lo que dice, sino también de lo que sugiera o implique.

De este modo, la Ley fundamental se presenta como un texto de gran versatilidad que no se ha quedado confinada en el momento de su entrada en vigor, sino que se perpetúa, permitiendo el ajuste a los cambios sociales que el país ha tenido y tendrá. La evolución observada en el concepto de los menores, lleva, por tanto, a buscar, dentro del texto constitucional, los elementos útiles para apoyar la evolución jurídica del estatus del menor.

La consideración del menor como sujeto pleno está presente, aunque de manera implícita. En la gran mayoría de los casos, se alude al menor a través

de su relación con el adulto, el cual es el protagonista de las normas constitucionales. Sin embargo, en ocasiones se ignoran las peculiaridades de la situación del menor, como mujer u hombre en formación; además se garantizan, juntos con los límites, también las obligaciones diseñadas para que se beneficien los menores. En concreto, se puede constatar como muchas disposiciones constitucionales referentes a la “persona” se aplican tanto a los adultos como a los menores. Esto ocurre sobre todo en las disposiciones relativas a los derechos civiles, pero hay casos también en los derechos políticos.

Cabe recordar que la Constitución no considera la edad entre las situaciones personales que no tienen por qué producir discriminación o afectar la dignidad social y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El artículo 14 menciona el sexo, la raza, el idioma, la religión, las opiniones políticas, las condiciones personales y sociales, pero no habla de la edad. Es cierto que esto se hace por medio de la interpretación de “circunstancias personales”, pero la omisión es notable. Con referencia a la Constitución, y sobre todo en la visión histórica, se admite que todo esto es bueno, porque de lo contrario sería validada la lógica de la separación, creando la necesidad de un marco específico para los sujetos institucionalmente débiles. La objeción quizás hubiera podido estar fundada en el pasado, pero las profundas transformaciones sociales y culturales que se produjeron después de la evolución del pensamiento jurídico han requerido un enfoque muy diferente, cada vez más urgente debido a los cambios que se han sucedido en los últimos años<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup>En este sentido es absolutamente destacable el artículo 14.2 de la Constitución Política de Bolivia, donde se indica claramente la edad como factor de no discriminación: “ El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o

También hay que tener en cuenta que los menores conforman la única sección de la sociedad sin representación política, así que el ejercicio de los derechos concurrentes es de hecho una facultad solo reconocida a los adultos<sup>198</sup>. En consecuencia, la Constitución Española es parca, al menos formalmente, a la hora de abordar el tema del menor como actor social, si bien es cierto que en una interpretación amplia de las normas constitucionales, este colectivo goza de un reconocimiento que le permite actuar en el tráfico jurídico.

#### *II.1.B.c. LA DEFICIENTE IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR*

Ahora bien, la extrema debilidad de los menores es evidente. Estos carecen del derecho al voto, no participan en organismos con poder decisorio, no forman parte de partidos políticos, ni de sindicatos. Pueden, es verdad, en algunos casos protestar contra las deficiencias más graves de las instituciones (basta pensar en las protestas colectivas en defensa del derecho a la educación), pero esto es físicamente posible sólo después de cierta edad, al menos desde la pre-adolescencia. Ni puede siempre ser suficiente para defender sus derechos el papel de los padres, en cuyo caso la ley garantiza que

---

social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”.

198A modo de anécdota, cabe señalar que tampoco existe en el idioma castellano, a diferencia de otras lenguas europeas, como el inglés y el francés, una palabra que pueda identificar a todos los sujetos en edad evolutiva, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad. El inglés en estos casos utiliza el término *child*; el francés *enfant*. El español utiliza niño y joven, pero los dos términos no son intercambiables. Por lo tanto tenemos que recurrir a una paráfrasis o, para más rapidez, a la palabra menor que no es tampoco un sustantivo sino un adjetivo sustantivo comparativo, que identifica una condición de inferioridad y debilidad.

su actuación sea ajustada a Derecho. Y es la ley la que prevé en estos casos la intervención de la autoridad judicial de los menores: intervención que no debe ser vista como una intromisión en el círculo familiar o en el papel de los servicios locales, sino como un instrumento para garantizar los derechos del menor, allí donde estos sean violados o negados.

Ahora bien, esto sería suficiente para justificar la necesidad de un reconocimiento explícito de los derechos del menor pero sería una justificación minimalista y del todo subestimada. De hecho, ha ido creciendo y se ha afirmado el reconocimiento del menor como una persona ya de alguna manera formada: con su creatividad, con sus esperanzas, sus potenciales, sus características peculiares que deben ser desarrolladas y respetadas, como las de un ciudadano que participa activamente en la sociedad, ejerciendo sus propios derechos. El papel de los padres es visto como el de quien ofrece a su hijo los “ladrillos” para que él mismo, con su ayuda atenta pero respetuosa, pueda construir “el edificio” de su persona, de acuerdo con sus inclinaciones naturales, habilidades y aspiraciones.

Por otro lado resulta absolutamente compartida la afirmación de Rivero Hernández que nos dice que: “el interés del menor no coincide con toda situación o acto que deba considerarse (inicialmente) más ventajoso para él respecto de otros posibles, sino aquéllos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el menor y su principales centros de interés actual o futuro, considerado desde un punto de vista objetivo (por referencia a la realidad jurídica y social de aquél). El interés del menor en concreto debe ir ligado a la protección de sus derechos fundamentales, intentando elegir entre la menos mala de las alternativas posibles, atendiendo, primordialmente a sus problemas más inmediatos y graves y proponiendo unos criterios para la determinación in

concreto del interés del menor”<sup>199</sup>.

La vasta producción de normas internacionales o supranacionales que ha evolucionado durante los últimos veinte años es una prueba, y demuestra la necesidad de definir de forma explícita los derechos que de otra manera serían fácilmente ”burlados”<sup>200</sup>.

Todo esto muestra cómo es largamente sentida la necesidad de un reconocimiento especial de los derechos de los menores: no para generar conflictos generacionales o para reproducir lógicas de intervenciones sectoriales; sino para evitar que si estos derechos encajan en los derechos más generales de la personalidad, aquellos vengan a ser la sombra de estos o incluso sean escamoteados.

Y es por ello que la Convención de las Naciones Unidas de 1989 reconoce a los niños y adolescentes una serie de derechos con el objetivo de reforzar el carácter de sujeto de derechos de este colectivo. Entre estos, se encuentra el derecho a la educación como valor fundamental. Este incumbe en primer lugar a los padres, si bien el papel de la escuela se reconoce explícitamente (artículo 28). La educación debe tener como finalidad, entre otras, la de promover el desarrollo de la personalidad del niño, enseñarle el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el respeto de los valores nacionales del país donde vive así como las culturas diferentes de la suya. Asimismo debe preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, entonces participar en ella con un espíritu de comprensión, paz, tolerancia,

---

199Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *“El interés del menor”*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 23.

200 La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño constituye la prueba de esa necesidad. Pero no está sola: la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 en materia de Adopción Internacional, la Convención Europea sobre los derechos de los niños suscrita en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, así como otros instrumentos jurídicos internacionales y supranacionales como las varias recomendaciones del Consejo de Europa y algunos reglamentos de la UE.

igualdad entre los sexos y amistad entre los grupos étnicos (artículo 29).

La Convención reconoce al niño también otro derecho de máxima importancia: el de expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones relativas a sí mismo (artículo 12), con el consecuente derecho (reforzado y remarcado por el Convenio Europeo de 1996), a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le involucre.

Lo analizado es la realidad de un amparo solo teórico que sigue estando ligado a la concepción de la familia como una herramienta de desarrollo, olvidando que cada familia se compone principalmente de personas con sus propias características. Siendo así que la estructura social y jurídica en la que se mueve el menor representa para éste una barrera demasiado alta de superar. Es necesaria la revisión y el reconocimiento de una mayor amplitud al concepto de familia, cuya definición tradicional no se corresponde con la realidad actual.

Porque superada desde hace tiempo la idea clásica de la familia como un ente suprandividual, cuyos intereses son superiores a los de sus propios miembros, hoy día el amparo que el ordenamiento otorga a la familia no es sino en la medida en que a través de la misma se desarrollan y se ejercitan los derechos individuales de sus integrantes. La familia se protege en cuanto sirve de cauce de desarrollo personal a las personas que la forman. Así que la parte importante de la familia son los miembros de la misma con su propia personalidad. Todo lo demás son “apéndices” que aunque respetables son propios de cada específico núcleo familiar, no pudiendo entonces ser el modelo a seguir. Cada miembro de la familia tiene su propia función y como tal debe ser respetada. El menor no es una herramienta para el desarrollo de la familia, la afirmación contraria sería cuanto menos peligrosa, ya que con ella se corre el riesgo de vaciar por completo a la persona como tal, eliminando sus



derechos, sus sentimientos y reduciéndolo simplemente a un mero instrumento para lograr algo. En consecuencia, tenemos que reivindicar la auto-determinación de las personas, y en especial, la de los menores<sup>201</sup>.

Compartimos la visión de Cynthia Galicia Mendoza cuando afirma que “la niña, niño o adolescente son nombrados en virtud de su relación con las adultas y adultos, el derecho norma esta relación incluso convirtiéndolos en sujetos de encarcelamiento velado por el Estado en lo que considera su obligación de tutela de los menores infractores”.

Igual, comprendemos y apoyamos la idea de que “las diferencias entre ser niña, niño o adolescente y ser adulta o adulto, desde el enfoque de derechos humanos implica, por una parte, que son personas, que tienen igual valor y, por lo tanto, iguales derechos que quienes se encuentran en la etapa de la vida adulta. Y por la otra, el hecho de que los adultos y adultas tienen obligaciones de cuidado y protección, lo que hace que niñas y niños sean personas con diferentes derechos basados en la relación de dependencia”<sup>202</sup>.

Hemos por tanto definido el necesario cambio hacia la figura del menor de edad que ha dejado de ser una herramienta de desarrollo de la familia para ser un verdadero sujeto de derecho autónomo. La mayoría de los elementos tratados hasta ahora resultan comunes a los menores de edad nacionales y, por supuesto, a los menores de edad inmigrantes.

Una vez presentado el panorama general sobre menores de edad y menores de edad inmigrantes no acompañados, podemos profundizar elementos propios de la realidad investigada.

---

201 VESTRI G., “Reflexiones sobre los menores de edad en el contexto jurídico-constitucional español” en “El Estado social y sus exigencias constitucionales”, Manuel José Terol Becerra (Director), Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 249-270

202 GALICIA MENDOZA C., “Derechos Humanos y pederastia”, *Revista Legislar para la Igualdad* núm. 10, Mayo-Junio 2009, Cámara de Diputados de México LX Legislatura, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, pág. 5

## **II.2. LAS NORMAS SUPRANACIONALES**

A nivel internacional, la norma principal, es sin duda la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de 20 de noviembre 1989, que corona el camino trazado en el plano internacional de la Declaración de 1924 de Ginebra sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y continuada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales que se preocupan de proteger a los menores<sup>203</sup>.

El alma de la Convención de 1989, junto con las disposiciones inspiradas en una lógica de entender al menor como sujeto débil, supone reconocer disposiciones que hacen hincapié en la autonomía de los niños<sup>204</sup>. Emblemático en este sentido es el artículo 12 de la Convención, según el cual se debe garantizar que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

---

203El Preámbulo de la Convención introduce las motivaciones de la misma: “ (...) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (...).

204Según el art. 1 de la Convención de los derechos del niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Con tal fin se prevé que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

La dimensión del menor como un sujeto autónomo, sin embargo, es claramente perceptible, por ejemplo en el art. 13, que reconoce al niño el derecho a la libertad de expresión<sup>205</sup>, o el artículo 14 que requiere la observancia del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como el art. 15, sobre los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de reunión pacífica. Estas disposiciones nos muestran la sensación de un sujeto que no se percibe sólo como un beneficiario de protección, sino también como un protagonista activo de la vida social, que interviene como persona individual o en equipo.

El objeto específico de estas disposiciones ha hecho posible, por supuesto, que la Convención afrontara en detalle las cuestiones que a las normas generales les resulta más difícil tratar. Sobre la base de este hallazgo, el contenido innovador de la Convención de 1989 podría ser el “fruto maduro” de una nueva sensibilidad, pero también podría ser una consecuencia lógica de la especificidad de la Convención, cuyo alcance no habría impuesto una selección – al revés indispensable en una ley, Carta de derechos generales -de los perfiles más relevantes de los cuales las disposiciones antes mencionadas podrían ser borradas.

---

<sup>205</sup>Incluyendo la “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

La Convención de 1989 reconoce entonces no solamente los derechos de los niños, sino, más bien, los Derechos humanos de los niños, por lo menos en cuanto a su titularidad<sup>206</sup>.

Es a la luz de estas consideraciones que resulta especialmente importante la Carta de Derechos Fundamentales, firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo y Comisión en el Consejo Europeo de Niza del 7 de diciembre de 2000. En ella se incluyeron algunas normas que se pueden encontrar en la totalidad o mayoría de las Constituciones contemporáneas<sup>207</sup>; sin embargo se añadió en el capítulo sobre la igualdad, un artículo separado, el artículo 24, sobre los “Derechos del niño”<sup>208</sup>.

En los tres apartados que componen este artículo se pone de relieve la complejidad de la legislación sobre la infancia, disciplina hacia la protección de un sujeto débil (“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”: apartado 1, primer período) – la importancia de la relación con los padres (“Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”; párrafo 3 ), pero

---

206En este sentido Vid. BAZÁN LÓPEZ José Luis, “*Notas acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*”, en NÚÑEZ CANAL Margarita (coordinadora), “El menor en la legislación actual”, Fundación Antonio de Nebrija, 1998, pág. 58

207Pensamos por ejemplo al artículo 14: “1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”

208Artículo 24: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

también de la intervención de los poderes públicos y la comunidad en general (“En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”; apartado 2) -; sin descuidar la dimensión del menor como miembro activo de la sociedad, capaz, con el paso de la edad, de cumplimentar actos siempre más conscientes, tanto para sí mismo como en la vida de relación. En este sentido, es particularmente significativo lo dispuesto en el segundo periodo del apartado 1, que garantiza a los niños el derecho de expresar libremente sus opiniones, destacando que este derecho resulta aún más significativo cuando la opinión expresada tiene efectos directos sobre el menor, de modo que se indica que “ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

Con una redacción concisa, el artículo 24 de la Carta de Niza, pudo recoger en pocas disposiciones los perfiles que constituyen la condición jurídica del menor, haciendo explícita la necesaria adopción de un nuevo enfoque. En este contexto, la legislación española, a nivel de fuentes constitucionales, parece al menos parcialmente deficitaria. De hecho, es cierto que cuando la Constitución habla de los menores es siempre tomando una cierta perspectiva, y no es menos cierto que la Constitución debe ser apreciada en función, no sólo de lo que se dice, sino también de lo que sugiera o implique.

De este modo, la Ley fundamental se presenta, ya se ha indicado, como un texto de gran potencial que no se ha quedado confinada en el momento de su entrada en vigor, pero que se perpetúa, permitiendo el ajuste a los cambios sociales que el país ha tenido y tendrá. La evolución observada en el concepto de los menores, lleva, por tanto, a buscar, dentro del texto constitucional, los elementos útiles para apoyar la evolución jurídica del estatus del menor. La consideración del menor como sujeto pleno está presente, aunque en su

mayoría de manera implícita.

A justificar esta afirmación es la adecuación, que puede deducirse del texto, de las disposiciones constitucionales entre el menor y el adulto. Adecuación que tiene en cuenta la necesidad de poner límites derivados de las peculiaridades de la situación del menor, como mujer o hombre en formación; características que, además, garantizan, juntos con los límites, también las obligaciones diseñadas para que se beneficien los menores. En concreto, se puede constatar como muchas disposiciones constitucionales, referentes a la “persona” se aplican tanto a los adultos como a los menores. Esto ocurre sobre todo en las disposiciones relativas a los derechos civiles, pero también lo encontramos en los derechos políticos.

Cabe señalar que los derechos civiles son reconocidos a los niños de una manera sustancialmente similar a lo que ocurre para los adultos, no se puede no extender a los menores las garantías relativas a la libertad personal, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y el secreto de la correspondencia, a la libertad de reunión, de asociación, a profesar su religión, a expresar sus ideas. Aunque también es cierto que algunas restricciones adicionales para los menores de edad- a pesar de que no están expresamente previstas en la Constitución- se pueden encontrar con respecto a la libertad de circulación, mientras que en materia procesal y penal la condición de menores lleva, inevitablemente, a una disciplina separada de la de los adultos.

En lo que se refiere a los derechos sociales estos están especialmente desarrollados para el menor, como resultado de lo que se ha demostrado previamente, y en consonancia con la visión del menor reconocido, como hemos dicho en repetidas ocasiones, como un sujeto débil.

Es destacable, además, la aplicación del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el

Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños y en particular se debe hacer notar, como evidencia la Profa. Nuria González Martín, que “las medidas de cooperación contenidas en el Convenio pueden ser útiles dado el incremento de situaciones en las cuales niños no acompañados atraviesan fronteras, tratando de encontrar un mejor medio de vida, buscando trabajos o tratando de reagruparse con sus padres o con su familia que, por regla general, cruzaron, en principio, las mismas fronteras de manera ilegal o como indocumentados. Estos niños, niñas y adolescentes se encuentran en situaciones de verdadera vulnerabilidad en las que las posibilidades de ser sujetos de explotación, venta o tráfico no están distantes. Si el niño no acompañado es un refugiado, solicitante de asilo, desplazado o simplemente un adolescente fugitivo, el Convenio de La Haya de 1996 lo asiste permitiendo la cooperación para localizarlo, determinando las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, y permitiendo la cooperación entre las autoridades nacionales del país de recepción y del país de origen para el intercambio de información necesaria y el inicio de las medidas de protección necesarias<sup>209</sup>”.

---

209GONZÁLEZ MARTÍN Nuria “La familia en el derecho comparado: Nuevas Estructuras Familiares, apuntes que trascienden al Derecho Internacional Privado” (Curso Anual de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público), en, Cuadernos de Trabajo del Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, “Nuevas estructuras familiares: algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado”, pág. 131

### II.3 LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ESPAÑOLAS APLICABLES

Es sin duda necesario destacar los parámetros constitucionales relacionados con los menores de edad inmigrantes. En primer lugar, parece oportuno establecer la titularidad y el ejercicio de las libertades de los extranjeros dentro del ordenamiento constitucional español. Así, el artículo 13 de la CE establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”<sup>210</sup>. Junto con el artículo 13 debemos apreciar también el art. 10.1 CE que establece la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y de la paz social. Se plantea en este sentido la cuestión de qué derechos se reconocen a todos, nacionales y extranjeros, y cuáles otros sólo se reconocen a los nacionales (ej. art. 14 CE)<sup>211</sup>.

El mismo Tribunal Constitucional, STC 107/1984 del 23 de noviembre, FJ.3, alude a los artículos mencionados, al resolver un recurso de amparo por presunta vulneración de los arts. 13 y 14 de la Constitución<sup>212</sup>:

---

210 En este sentido Vid. BORDONADO BERMEJO J., “El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *Estudios Geográficos* LXVII, 261, julio-diciembre, págs. 417 y ss.

211 En este sentido conviene recordar, aunque aludiremos a ello en mayor profundidad más adelante, que determinados preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social fue declarada en parte inconstitucional en cuanto negaba el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a los extranjeros residentes ilegalmente en España (STC 236/2007).

212 1. Quien pretende ser amparado en el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento español le concede ha de satisfacer también las obligaciones que de él dimanar. 2. Es al Juez ordinario al que compete la interpretación de la legalidad ordinaria y su decisión debe ser aceptada por este Tribunal Constitucional, sin que pueda ser sustituida por otra diferente en un recurso de amparo cuando ello no viene reclamado por la necesidad de ajustarla a la Constitución. 3. La inexistencia de declaración que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es argumento bastante para considerar resuelto el problema, pues no es únicamente el art. 14 de la C.E. el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos, sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. 4. La previsión del art. 13 de la C.E. de que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los



“Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley». Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley. No supone, sin

---

Tratados y la Ley» no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros respecto de los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente Título, en los términos que establecen los Tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, aunque, en cuanto a su contenido, todos ellos, sin excepción, son derechos de configuración legal. 5. En la configuración legal de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros se puede introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, quedando en tal caso, como es obvio, excluida «a priori» la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad. 6. El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado, existiendo derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. 7. La Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles. No existe Tratado ni Ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, como sí lo hay, por el contrario, para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales, una vez producida la contratación. 8. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución.

embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjero siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante”.

El apartado segundo del art. 13 CE excluye a los extranjeros del goce de los derechos políticos, aunque existen algunas excepciones en las elecciones municipales. El Tribunal Constitucional destaca como el art. 13 CE “reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ellos, ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...). Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros,

y otra es entender esa autorización como posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”<sup>213</sup>.

Por otro lado, es necesario aludir a la titularidad y al ejercicio de los derechos y de las libertades de los extranjeros menores de edad. En primer lugar, la Constitución en su art. 10 reconoce la dignidad de la persona sin hacer distinción de nacionalidad o de edad. En segundo lugar, el art. 14 CE, aunque no expresamente, recoge la no discriminación en razón de la edad; el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia 75/1983 de 3 de agosto, destaca:

“La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad”.

El contenido de los arts. 10 y 14 CE se aplica no solamente a los menores de edad nacionales sino también a los menores de edad extranjeros e inmigrantes. En este sentido entonces, se reconoce el derecho a la vida, a la integridad física y moral, libertad personal, derecho al honor, a la intimidad y derecho a libertad de expresión<sup>214</sup>.

### II.3.A. EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Hasta aquí hemos, brevemente, considerado las normas constitucionales que se refieren a los extranjeros y que, como hemos visto, pueden ser aplicadas indistintamente a adultos y a menores de edad. Pero junto a ellas, también

---

<sup>213</sup>STC 115/1987 de 7 de julio

<sup>214</sup>Siendo menores de edad y extranjeros, la Constitución les priva del derecho de participación política, art. 23 CE.

existen una serie de normas constitucionales que están directamente destinadas a los menores de edad o que más bien están relacionadas con un interés específico hacia ellos. Es curioso, en este sentido, leer como diferentes autores han calificados la atención constitucional a las exigencias de este colectivo. Por un lado, tratamiento exiguo<sup>215</sup>, por el otro, tratamiento íntegro y desprendido<sup>216</sup>.

El artículo 39 CE es de referencia en tema de protección constitucional de la infancia. En primer lugar cabe destacar la “posición” constitucional del citado artículo ya que se halla entre los principios rectores de la política social y económica<sup>217</sup>.

Por otro lado, dicho artículo vela por el cuidado de los menores de edad así como por la tutela concreta de la familia. Es cierto que en este contexto, el art. 39 CE se centra no tanto en el reconocimiento de los derechos sino más bien

---

215“La Constitución de 1978 incluye una extensa tabla de derechos y libertades. Las referencias que encontramos en ella a los derechos de la infancia son, sin embargo, escasas”. Vid. ALVAREZ VÉLEZ M.I., “La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pág. 137

216“La protección jurídico-constitucional del menor, es en nuestro país muy completa, ofreciendo un rico abanico de posibilidades que trasciende de los límites del art. 39 de nuestra carta Magna (...). La protección del niño y adolescente está presente desde el Preámbulo de la Constitución hasta el mismo art. 39 (...)”, en RETUERTO BAUDES, M., “La protección constitucional del menor y el defensor del pueblo”, *Revista Menores*, núms. 17 y 18, Septiembre-Diciembre, Dirección General de Protección Jurídica del menor, Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1989, págs. 27-41.

217“Los principios rectores de la política social y económica concretan tres dimensiones de la Constitución. En primer lugar son la más importante concreción de los enunciados generales del preámbulo, según los cuales la nación española proclama su voluntad de «garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un *orden económico y social justo*» y de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida En segundo lugar son una de las concreciones de los valores superiores del ordenamiento jurídico reconocidos en el artículo 1.1 y en particular del valor igualdad (...). Finalmente, los principios rectores de la política social y económica son también concreción de la idea de Estado social asimismo inaugurada por el artículo 1”. En: SERRANO J. L., “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 56, abril-junio 1987, págs. 96-97

en la protección de determinados colectivos a través de los deberes y responsabilidad de los poderes públicos, de los padres y de los demás adultos hacia la infancia.

Más en concreto el art. 39 CE establece:

- “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”

Vale la pena entonces analizar los 4 apartados que componen este artículo. En el primer apartado el legislador constitucional remarca la importancia de la familia, por tanto es nuestro deber indicar el concepto constitucional de familia, tarea, sólo aparentemente fácil. En principio, el concepto de familia puede encontrar una definición cuanto menos heterogéneas, aunque, diferentes autores matizan sobre el hecho de que en esta materia sigue abierto el debate. Miguel Ángel Luelmo Millán destaca que “la familia es la suma de los miembros que la integran y algo más. Es ese factor adicional y diferenciador el que determina su idiosincrasia como tradicional y primigenio núcleo societario, definición que es válida incluso en la actualidad, a condición de que se admita que existe un amplio debate acerca del propio concepto y modelo familiar, cuya evolución desde los parámetros tradicionales es evidente”<sup>218</sup>.

Por otro lado, “(...)”, puede afirmarse que la familia protegida en el texto

---

<sup>218</sup>LUELMO MILLÁN M.Á., “Desempleo y familia”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 54, 2004, pág. 13

constitucional es tanto la familia matrimonial como la no matrimonial. La protección integral de los hijos con independencia de su filiación matrimonial o no matrimonial, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento y los Convenios Internacionales que vinculan a España, apoyan dichas tesis”<sup>219</sup>.

Si damos una lectura conjunta del primer párrafo y del segundo y tercero del art. 39 CE, podemos notar como la Constitución ampara la “familia nuclear” que entendemos formada por los padres y por los hijos sin que haga falta un matrimonio<sup>220</sup> y además protegiendo la familia monoparental. Al mismo tiempo detectamos una concreta apertura, por lo menos de carácter interpretativo, del mismo art. 39.1 CE ya que los constituyentes no definen el termino familia y dejan abiertas las posibilidades a los grupos familiares no tradicionales preparando la Constitución para futuras aportaciones.

“Resulta, sin embargo, que ese modelo de familia contemporánea, no es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí. Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales”<sup>221</sup>. A nivel constitucional, “(...), el

---

219LINACERO DE LA FUENTE M., “*El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*”, Editorial Complutense, 2009, pág. 14

220Es muy probable que en origen, los constituyentes entendía la familia como la basada en el matrimonio entonces la familia “tradicional”. En este sentido Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “*Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, págs. 262-263

221VALPUESTA FERNANDÉZ Rosario, “La protección constitucional de la familia”, *Foro-Revista de Derecho* núm. 5, Uasb, Ecuador, 2006, pág. 128. Siempre de la misma autora Vid. “*Otras miradas sobre la familia: las miradas y sus funciones*”, Libro homenaje al profesor

tratamiento de la familia se hace en clave de protección, una protección que hay que entenderla en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción, y al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades, y que se insertan en las políticas públicas del Estado social. Esta doble dimensión se corresponde con los dos ámbitos jurídicos antes señalados: el que se identifica con el Derecho de familia y el que se ubica en las otras ramas del Derecho que regulan prestaciones y beneficios familiares”<sup>222</sup>.

Ahora bien, en el primer apartado del art. 39 y por lo que más nos interesa, vemos como el mismo artículo no exige la nacionalidad española para que el Estado proteja la familia y sus componentes. Esta norma entonces se identifica plenamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados internacionales que España ha ratificado. De la familia en general habla el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 33.1): “Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”.

Dentro de los instrumentos comunitarios, cabe señalar la Carta Social Europea: “con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la

---

Manuel Albaladejo García, coordinado por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González, Vol. 2, 2004, págs. 4915-4954. “*Las familias monoparentales: una perspectiva sobre el derecho de familia*”. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, coordinado por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 3, 2002 (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4997-5014

<sup>222</sup>*Ibid*, pág. 135

familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”<sup>223</sup>.

A eso se añade, siempre en la misma Carta, el siguiente artículo 19 que otorga una protección directa a los migrantes y sus familiares. En resumen es destacable la posición de Yolanda Gómez Sánchez, que se expresa de esta manera: “La Constitución no define la realidad familiar que queda protegida en el apartado primero del artículo 39. Esta ausencia de definición permite, al menos, dos posturas distintas: a) La primera defendería que tal omisión constitucional no significa sino que la familia contemplada por el texto fundamental es el grupo familiar formado por una pareja heterosexual vinculada por matrimonio y su descendencia y, menos frecuentemente, también los ascendientes, b) Otra parte de la doctrina se muestra más razonablemente cautelosa acerca de la constitucionalización de un único modelo de familia, de tal manera que no parece que puedan existir graves dificultades para entender que la familia admite una pluralidad de formas. Esta última tesis ha sido recogida en la práctica de estos años de vigencia de la Constitución otorgando determinados efectos a lo que se ha venido denominando familias no basadas en el matrimonio”<sup>224</sup>.

Queda claro como el concepto de familia y su protección está directamente relacionado con la responsabilidad de los poderes públicos que tienen que desarrollar políticas de protección social, económica y jurídica de la familia.

En este contexto, cabe señalar la relación que existe entre el contenido del

---

223Art. 16 Parte II de la Carta Social Europea Revisada

224GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución”, *Revista de Derecho Político* núm. 36, Uned, 1992, pág. 218



art. 39 CE y, por lo menos, el art. 18.1 y 4 de la misma Constitución cuando el constituyente afirma el derecho a la intimidad personal y familiar, así como el art. 27 CE, donde el constituyente nos indica<sup>225</sup> alguna dimensión del derecho a la educación. Estas normas, no cabe duda alguna, contribuyen a la realización de los objetivos que la Constitución otorga a los poderes públicos en materia de protección de la familia y de los hijos.

Siguiendo en nuestra análisis del art. 39 CE es necesario destacar la importancia de los apartados segundo y tercero<sup>226</sup>, ya que la protección y asistencia de los hijos se reconoce, como hemos visto, directamente a los poderes públicos (en el primer supuesto), y a los padres en el caso del segundo supuesto.

En primer lugar, notamos un sentido de responsabilidad de los poderes públicos, tanto que el constituyente habla de “protección integral”<sup>227</sup>. El

---

<sup>225</sup>Apartados 3, 5 y 7

<sup>226</sup>Art. 30.2 y 3: 2) Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

<sup>227</sup>En este sentido: “Y por supuesto, no podemos olvidar a aquellos niños y niñas que se encuentran en situación de riesgo y desprotección social: La sensibilidad social contra la desprotección y maltrato infantil se ha incrementado de forma paralela a la mejora de los sistemas de detección, notificación e intervención contra todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. No obstante, es necesario impulsar nuevas acciones dirigidas a la mejora del conocimiento, prevención e intervención contra el maltrato infantil. Es importante destacar, además, el incremento del colectivo de menores extranjeros no acompañados. Las situaciones de riesgo que afectan a la infancia y adolescencia son múltiples, añadiendo a las ya enumeradas las derivadas del trabajo infantil, las relacionadas en un entorno familiar condicionado por la violencia doméstica, pertenencia a minorías étnicas, la prostitución, el abuso y la explotación infantil, etc. Para luchar contra todas estas situaciones y proteger los derechos de la infancia es necesario, además del esfuerzo de todas las entidades públicas y privadas de protección de menores, es necesaria la mejora del marco legislativo para adecuarlo a las nuevas necesidades sociales, continuando el camino establecido en la Ley Orgánica contra la violencia de Género. Así mismo, debemos mejorar la sensibilización de toda la sociedad para acabar con todas las formas de abuso y explotación infantil (en línea con lo establecido, entre otros, en el II Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y adolescencia 2006 – 2009), protagonizados mayoritariamente por hombres siendo necesaria

Estado es por lo tanto el destinatario del deber de proteger, y más, tanto es el alcance de la protección, que la norma ampara la investigación de la paternidad reconociendo, de hecho, el derecho de todos a conocer su propia identidad para poder desarrollar su personalidad, y en consecuencia, su dignidad como persona (art. 10.1 CE).

El siguiente párrafo del artículo 39, el cuarto<sup>228</sup>, otorga a los niños la protección originada por los Tratados y Acuerdos internacionales que España haya firmado y ratificado. “La introducción de un párrafo de tales características en nuestra Norma fundamental vino a satisfacer la aspiración de Unicef-España de que el Estado español reconociera y asumiera compromiso de prestar a los niños el especial amparo que su particular idiosincrasia requiere”<sup>229</sup>.

En tema de Tratados internacionales relacionados con el art. 39 CE, podemos distinguir entre los de ámbito europeo y los de ámbito internacional. Por un lado entonces, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea; por el otro, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Merece una mención aparte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1959<sup>230</sup>. Cabe señalar, y no podría ser de otra manera, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, probablemente el más importante tratado internacional integralmente dedicado

---

una educación que ponga en cuestión la violencia contra las mujeres, las niñas y los niños”. Vid. Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España, Observatorio de la Infancia, págs. 12-13 en [tv\\_mav.cnice.mec.es/pdf/Plan\\_Estrat\\_Inf\\_Ad.pdf](http://tv_mav.cnice.mec.es/pdf/Plan_Estrat_Inf_Ad.pdf)

228“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

229RICO PÉREZ F., “*La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*”, Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 37

230Su objetivo principal era lo de otorgar un especial amparo a los menores de edad.

a los niños.

### III.3.B. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CIUDADANÍA DEL MENOR DE EDAD DE EDAD INMIGRANTE

En primer lugar es necesario identificar el concepto de ciudadanía por lo menos en su representación más clásica. En palabras de la autora VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, el término ciudadanía configura un verdadero vínculo jurídico entre la persona y el Estado del que es parte, otorgándole la capacidad en sus decisiones. Desde esta perspectiva, es notorio como la ciudadanía se encuentra directamente relacionada con la nacionalidad<sup>231</sup>.

Con la llegada de las nuevas Constituciones<sup>232</sup> se detecta un cambio pasando de una igualdad formal a una igualdad sustancial<sup>233</sup>. A pesar de este cambio, el concepto de ciudadanía sigue anclado al de nacionalidad tanto que hoy en día, debido a una organización multicultural de las sociedades, la ciudadanía puede transformarse en elemento de discriminación con la consecuente vulneración de los más básicos derechos fundamentales<sup>234</sup>. En otros términos, “la ecuación

---

231Vid. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ Lucía, “La construcción de la ciudadanía del menor de edad”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 29

232Nos referimos a las Constituciones del post II Guerra Mundial.

233La igualdad formal implica que la ley en su texto proteja a todas las personas sin distinción, y requiere que esta protección sea igualmente accesible para todas las personas en la situación descrita por la norma jurídica mediante los actos de aplicación individuales de esta ley. La igualdad formal parte de dos principios fundamentales: trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales. Por lo tanto, el derecho de igual protección de la ley significa que ésta no puede ser aplicada de manera distinta a personas en situaciones similares e, igualmente, que no puede ser aplicada de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. La igualdad sustantiva es la igualdad de hecho o material por oposición a la igualdad de derecho o formal. Supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública. Vid. <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article46>

234En este sentido VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ Lucía, “La construcción de la ciudadanía....op.cit. págs. 30-31

ciudadano-nacional ha quedado en la sociedades complejas y plurales de nuestro tiempo claramente desvirtuada, lo que repercute en la necesidad ineludible de revisión de su concepto”<sup>235</sup>.

En una visión más moderna, debemos entender la ciudadanía como la inclusión de un determinado individuo en la sociedad donde vive dejando entonces a un lado el vínculo con su nacionalidad<sup>236</sup>. Este aspecto resulta importante a la hora de avanzar hacia el reconocimiento de la ciudadanía al inmigrante, así como su inclusión y participación en la sociedad.

En materia de participación, la integración cívica de los inmigrantes en los términos planteados presupone una concepción de la ciudadanía plural e inclusiva capaz de extender a los inmigrantes los beneficios de la membresía ligados al despliegue histórico del Estado-nación en un nuevo contexto marcado por la transnacionalización de la condición ciudadana<sup>237</sup>. Para ello, en primer lugar, habrá que reconocer las libertades y la seguridad jurídica, es decir, las garantías del Estado de Derecho. En segundo término, es necesario admitir los derechos sociales, esto es, la garantía del Estado del bienestar. Por último, asumir los derechos políticos, es decir, la garantía del Estado democrático entendido como comunidad libre de iguales.

Como se ha señalado, el asentamiento de poblaciones inmigradas en Europa a lo largo de las últimas décadas ha producido modificaciones sobre el tradicional vínculo entre nacionalidad, estatalidad y atribución de derechos. En

---

235PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, “Ciudadanía y definiciones”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pág. 191.

236En este sentido Vid. DE LUCAS Javier, “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2006 en [www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf](http://www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf), FARIÑAS DULCE María José, “Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada” en “*El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*”, Valencia, 2012, pág. 172 y ss.

237En este sentido Vid. VV.AA. “*Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*”, Informe 2008, Economía y Sociedad, BBVA, 2008, pág. 39

el ámbito interno, la graduación del reconocimiento de derechos fundamentales en función de la categoría de inmigrante implica una diferenciación no sólo entre nacionales y extranjeros, sino entre los propios inmigrantes. Al menos por lo que respecta a los extranjeros en situación administrativa regular, buena parte de los elementos que definen la ciudadanía sustantiva, es decir, los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad política, no están ya reservados sólo a los nacionales.

Desde este punto de vista, cabría afirmar que el progresivo reconocimiento de derechos constitucionales a los inmigrantes es paralelo a la paulatina transformación del criterio de pertenencia. Considerar el menor de edad un verdadero sujeto de derecho así como reconocer su ciudadanía significa reconocer los más básicos derechos humanos.

Por otro lado, el hecho de ser considerado “ciudadano” acompaña los elementos constitutivos de la dignidad humana que no solamente las normas internacionales reconocen<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup>Vid. art. 10 Constitución Española: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

## II.4 EL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Entre las normas de Derecho civil que más directamente atañen a nuestra investigación y sin hacer distinción entre menores nacionales y menores extranjeros, queremos destacar las disposiciones relacionadas con la capacidad del menor.

En el Código civil existen normas que componen el estatuto jurídico de este colectivo. Tras esto, resulta interesante señalar como es posible distinguir diferentes supuestos relacionados con la participación del menor en aquellos acontecimientos que lo afectan directamente, y en los que la participación del mismo alcanza diferentes grados. Entre tales actos destacaríamos aquellos en los que se opta por una mera audiencia del menor, otros en los que se le legitima para realizar una determinada actuación y finalmente los actos en los que el menor adopta una decisión, para lo que se requiere su consentimiento<sup>239</sup>.

En lo que se refiere al primer grupo de supuestos, este reconocimiento progresivo de la capacidad del menor al que hemos hecho referencia se pone de manifiesto en la extensión a los distintos textos normativos del concepto “ser escuchado si tuviera suficiente juicio”. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le incumban, y añade que, a tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado, por sí o a través de representante legal, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (art. 12). Como consecuencia, el art. 9 de la Ley Orgánica de

---

239Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “*El interés del menor*”...*op. Cit.*, págs. 209 y ss.

Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho de éste a ser oído “tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social” y añade que “cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos” (art. 9.3 LOPJM).

Como ejemplos en el Código Civil, nos encontramos con el derecho del menor a ser escuchado en los casos de separación, nulidad y divorcio de sus padres cuando el juez deba adoptar medidas relativas a su custodia, cuidado o educación (art. 92.2 C.C.). Asimismo, para la constitución de la tutela, el órgano judicial debe dar audiencia al menor tutelado si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, cuando sea mayor de 12 años (art. 231 C.C.). Los menores deben ser oídos por sus progenitores cuando éstos, en el ejercicio de la patria potestad, adopten decisiones que les afecten (art. 154.3 C.C.). También en caso de desacuerdo de los padres, el juez debe dar audiencia al menor de edad si tuviera suficiente juicio, y en todo caso al mayor de 12 años (art. 156.2 C.C.). Así sobre el cuidado de los hijos por padres que viven separados (art. 159 C.C.). En los casos de tutela, el juez escuchará al menor cuando haya desacuerdo entre los tutores (art. 237.2) o para autorizar determinadas actuaciones (arts. 271, 272 y 273 C.C.). Del mismo modo, para formalizar la adopción se requiere la audiencia del adoptando menor de 12 años (art. 177.3.3º C.C.), etc. En la Ley de Enjuiciamiento Civil también encontramos preceptos en los que se le impone al órgano judicial la audiencia del menor: art. 770-4ª o art. 777.5 L.E.C.<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup>LÓPEZ DE LA CRUZ Laura, “La libertad individual como elemento del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *Anuario de*

El segundo grupo de actos está directamente relacionado con su capacidad de actuación. Al menor de edad se le permite una intervención directa para la protección de su persona. Son los casos contemplados, entre otros, en los arts. 158 y 167 C.C., respecto a la actuación de los padres titulares de la patria potestad; también para la solicitud de remoción del tutor (art. 248 C.C.); para el nombramiento de defensor (art. 300 C.C.); en el caso de la emancipación por concesión judicial (art. 320 C.C.) o del beneficio de la mayor edad (art. 321 C.C.); o la solicitud de la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 48.2º C.C.)<sup>241</sup>

Finalmente, el menor de edad ha de prestar su consentimiento para realizar determinados actos que le afectan directamente. Entre éstos, gozan de especial relevancia aquellos relativos a los derechos de la personalidad excluidos de la representación legal (art. 162,1º,1 C.C.), para los que se sigue el criterio de la progresiva capacidad del menor en función de su edad y madurez, y respecto de los que únicamente se limita su ejercicio en su propio beneficio (interés superior del menor). Como ejemplo de los citados derechos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor contempla el derecho a la información (art. 5), la libertad de ideología, conciencia y religión (art. 6), derechos de participación, asociación y reunión (art. 7) o la libertad de expresión (art. 8). También se han de mencionar aquéllos actos que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (art. 162,1º,2 C.C.). Como actos en los que la declaración de voluntad del menor goza de eficacia jurídica en el Código Civil, también se han de citar: la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (art. 317 C.C.); el acogimiento (art. 173.2 C.C.) y la adopción (art. 177.1 C.C.) del

---

*Derecho Civil*, Tomo LXII, Fascículo II, Abril-Junio 2009, pág. 723

241 LÓPEZ DE LA CRUZ Laura, “La libertad individual como elemento...” *op. cit.*, pág. 724



mayor de 12 años. También se incluyen las decisiones respecto al ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos, aunque con la asistencia de los representantes legales del menor (art. 157 C.C.); o para la administración de los bienes fruto de su propio trabajo o industria (art. 162,3º C.C.). El menor ha de prestar su consentimiento para la celebración de contratos por los que se obligue a realizar prestaciones personales (art. 162, in fine C.C.); el menor de 14 años cumplidos puede hacer testamento (art. 663.1º C.C.). Pueden los menores asimismo aceptar donaciones (arts. 625 y 626 C.C.), realizar donaciones por razón de matrimonio (art. 1338 C.C.) o capitulaciones matrimoniales (art.1329 C.C.), etc. Sobre la realización del menor de actos de contenido patrimonial en el curso normal del tráfico jurídico al amparo del art. 162, 1º, 2 C.C.

En materia concreta de Dentro de los derechos del menor de edad, podemos destacar los principios rectores de la Ley. La propia Ley Orgánica de protección jurídica del menor, dicta, art. 2, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo<sup>242</sup>. La Ley pretende garantizar la posibilidad de ejercicio de los derechos del menor en forma directa, favoreciendo su derecho a ser oído si tuviere suficiente juicio en todos aquellos asuntos que le afecten<sup>243</sup>, detectando su consentimiento en determinados actos.

Si por un lado esto es cierto, por el otro, “(...) a partir de la entrada en vigor del art. 4 de la LO 1/1996, queda claro que el consentimiento prestado por el menor que denominamos “maduro” pierde consistencia, toda vez que dicho artículo intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para que, aún tratándose de un menor maduro que ha prestado su

---

<sup>242</sup>Este principio se encuentra ya recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principios 2º y 7º) y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1 y otros)

<sup>243</sup>SABATER BOYLE E., “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”, *Aja*, núm. 241, 1996, págs. 1-4

consentimiento, el Fiscal intervenga de oficio si considera que el acto autorizado es perjudicial para el menor. Y especialmente debe tener en cuenta el Ministerio Fiscal antes de intervenir que, precisamente, sean los padres o representantes legales del menor los que colocan a éste en una situación de desprotección o peligro en relación a sus derechos de la personalidad, supuesto que, por otra parte, no será infrecuente.

La norma pretende ser más tuitiva, pero también restringe la libertad del menor de edad para, poco a poco, ir decidiendo en los asuntos que le conciernen. De nuevo estamos en presencia entre el eterno debate, libertad frente a seguridad”<sup>244</sup>.

Dentro de las normas del Código Civil, tiene especial relevancia el artículo 9.1<sup>245</sup>, que sin dejar duda alguna establece que a la persona física se le aplica la ley personal determinada por su nacionalidad. Es interesante aplicar dicho art. 9.1 Cc. a la situación de una persona extranjera que por su nacionalidad

---

244MACÍAS CASTILLO Agustín, “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, Nº 6913, Sección Doctrina, 28 Marzo 2008, Año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. Siempre en esta línea, el autor destaca que: “La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (19) , ya se refirió con claridad a esta cuestión. Los hechos que dan lugar al procedimiento tienen lugar en un programa de una televisión local, en el que se emitía un concurso consistente en efectuar preguntas a dos concursantes sobre anécdotas y curiosidades de la ciudad de Málaga, de modo que el concursante que erraba una respuesta, se quitaba una prenda de vestir, perdiendo el concurso el primero en quedar desnudo. En uno de estos programas intervino el hijo del demandante, que por aquellas fechas contaba con 16 años de edad. En uno de los motivos de casación, el padre del menor, que solicitaba una indemnización de 5 millones de las antiguas pesetas, argumentaba que él no había autorizado la participación del menor en el programa, alegando que el muchacho no tenía la madurez suficiente para comprender el alcance de lo que hacía y aceptarlo. Como quiera que los hechos habían tenido lugar en el año 1992, el Tribunal Supremo no puede aplicar aún la LO 1/1996, de modo que considera válidamente prestado el consentimiento por parte del menor, ya que, «El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se nos dice que tenía novia, lo que corrobora lo acabado de confirmar”.

245Art. 9.1 Cc.: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”.

alcanza la mayoría de edad en una etapa diferente. Dicho de otra manera, tenemos que tener en cuenta como no en todos los países se alcanza la mayoría de edad a los 18 años<sup>246</sup>. Hay casos llamativos como los de Albania (14 años), Iran (15 años los varones y 9 años las niñas), Cuba o Reino Unido (16 años), o algunos Estados de Estados Unidos (17 años). Detectar, entonces, un niño o una niña albanés (por ejemplo), no acompañado, de 16 años, pudiera abrir el debate sobre cual norma aplicarle. Queda bastante claro como, si se le aplica el art. 9.1 Cc. español, y por consiguiente su ley personal, tal persona resulta mayor de edad aunque tenga 16 años. Siendo entonces, mayor de edad y extranjero ilegal, en aplicación de la Ley de Extranjería, tendrá que ser devuelto. Al contrario de lo que dispone el art. 9.1 Cc., si no se aplica su legislación nacional, la persona detectada podrá entrar en el sistema de protección de la infancia.

Dentro de los derechos del menor de edad, podemos destacar los principios rectores de la Ley. La propia Ley Orgánica de protección jurídica del menor, dicta, art. 2, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo<sup>247</sup>. La Ley pretende garantizar la posibilidad de ejercicio de los derechos del menor en forma directa, favoreciendo su derecho a ser oído si tuviere suficiente juicio en todos aquellos asuntos que le afecten<sup>248</sup>, detectando su consentimiento en determinados actos.

Si por un lado esto es cierto, por el otro, “(...) a partir de la entrada en vigor del art. 4 de la LO 1/1996, queda claro que el consentimiento prestado por el menor que denominamos “maduro” pierde consistencia, toda vez que dicho

---

<sup>246</sup>O por lo menos se alcanza la capacidad de obrar a diferentes edades.

<sup>247</sup>Este principio se encuentra ya recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principios 2º y 7º) y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1 y otros)

<sup>248</sup>SABATER BOYLE E., “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”, *Aja*, núm. 241, 1996, págs. 1-4

artículo intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para que, aún tratándose de un menor maduro que ha prestado su consentimiento, el Fiscal intervenga de oficio si considera que el acto autorizado es perjudicial para el menor. Y especialmente debe tener en cuenta el Ministerio Fiscal antes de intervenir que, precisamente, sean los padres o representantes legales del menor los que colocan a éste en una situación de desprotección o peligro en relación a sus derechos de la personalidad, supuesto que, por otra parte, no será infrecuente.

En todo caso, lo cierto es que esta norma goza de poca aplicación en la práctica, en cuanto han sido escasos los supuestos en los que los Fiscales han recurrido al art. 9 Cc. siendo por el contrario de aplicación preferente las normas supranacionales en la materia (fundamentalmente la Convención sobre Derechos del niño).

#### II.4.A. LA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR Y SU RECIENTE APLICACIÓN

Una de las normas más relevantes sobre menores de edad en el Derecho español es sin duda la Ley Orgánica nº 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>249</sup>, que pretendía ser la respuesta a los problemas que afectaban a los menores y sin embargo, ha sido criticada por la doctrina al no cubrir las expectativas esperadas<sup>250</sup>.

---

249Sobre la Ley, Vid. VIDAL CASERO María del Carmen, “La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud”, *Ds Vol. II*, núm. 1, julio-diciembre 2002, pág. 221

250“Tal vez el primer reproche que puede hacerse es que no acaba de colmar completamente tales expectativas, pues no parece sino que se está entreteniéndose la cuestión de elaborar una

Acatando la idea de Cándido Ruiz Rodrigo, cabe mencionar que “el problema infantil formó parte sustancial del origen de la intervención pública en la cuestión social que precisaba de actuaciones tanto legales como higiénicas, educativas, asistenciales dirigidas a la consecución de individuos adaptados a los modelos sociales aceptados y preestablecidos”<sup>251</sup>. Esto, creemos, representa el punto de partida a la hora de abordar la protección de la infancia, sobre todo, en ámbito nacional<sup>252</sup>. Como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, la LOPJM no hace distinción alguna entre menores de edad nacionales o extranjeros, por lo tanto, nuestra análisis atañe a ambos colectivos.

Sin duda, el verdadero espíritu de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor<sup>253</sup> se halla en su artículo 2.2 (Principios generales): “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Se detecta una ruptura-contradicción entre paternalismo y liberalismo. Por un lado, se hace un llamamiento general a la capacidad del menor, disponiendo que las limitaciones a la capacidad se interpreten de forma restrictiva, y por el otro, se restringe esa libertad imponiendo límites a su capacidad de obrar en todos aquellos aspectos en que al legislador impone la intervención de los poderes públicos. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, profundiza los principios de protección integral del menor y del superior interés de él y de hecho, recoge los principios surgidos de la Convención de los Derechos del

---

Ley sistemática y precisa de la situación general de los menores” en TENA PIAZUELO Isaac, “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996”, s.a., s.e., pág. 257

251 RUIZ RODRIGO Cándido, “Protección a la infancia en España. Reforma Social y Educación”, Universitat de Valencia, 2004, pág. 28

252 En este sentido Vid. ALONSO PÉREZ Mariano, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil e de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, págs. 17-40

253 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero

Niño de 1989<sup>254</sup>.

Esta Ley se compone de dos partes. Una de “carácter constituyente”, que comprende el Título I y el Título II, Capítulo I, en la que se definen los derechos básicos del menor, y donde se establecen los principios rectores que deben disponerse en todas las actuaciones relativas al menor, especialmente, las practicadas por la Administración Pública. En la segunda parte, se indica la adecuada adaptación de los textos legales básicos<sup>255</sup> a la que es la nueva realidad jurídica-social, nos referimos a las instituciones protectoras de menores<sup>256</sup>.

Podemos destacar el principio rector de la Ley. La propia Ley Orgánica de protección jurídica del menor, dicta, art. 2, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo<sup>257</sup>. La Ley pretende garantizar la posibilidad de ejercicio de los derechos del menor en forma directa, favoreciendo su derecho a ser oído si tuviere suficiente juicio en todos aquellos asuntos que le afecten<sup>258</sup>, detectando su consentimiento en determinados actos.

Si por un lado esto es cierto, por el otro, “(...) a partir de la entrada en vigor del art. 4 de la LO 1/1996, queda claro que el consentimiento prestado por el menor que denominamos “maduro” pierde consistencia, toda vez que dicho artículo intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para que, aún tratándose de un menor maduro que ha prestado su consentimiento, el Fiscal intervenga de oficio si considera que el acto

---

254En este sentido, entre otros Vid. VARELA GARCÍA Carlos, “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, *Actualidad Civil* núm. 12, marzo 1997, pág. 266

255Código Civil y Enjuiciamiento Civil

256En este sentido Vid. RIVIERA FERNÁNDEZ Miguel, “Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *Revista General de Derecho*, 1996, (621):6501-31

257Este principio se encuentra ya recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principios 2º y 7º) y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1 y otros)

258SABATER BOYLE E., “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”, *Aja*, núm. 241, 1996, págs. 1-4

autorizado es perjudicial para el menor. Y especialmente debe tener en cuenta el Ministerio Fiscal antes de intervenir que, precisamente, sean los padres o representantes legales del menor los que colocan a éste en una situación de desprotección o peligro en relación a sus derechos de la personalidad, supuesto que, por otra parte, no será infrecuente.

La norma pretende ser más tuitiva, pero también restringe la libertad del menor de edad para, poco a poco, ir decidiendo en los asuntos que le conciernen. De nuevo estamos en presencia entre el eterno debate, libertad frente a seguridad”<sup>259</sup>.

#### II.4.B. LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD

Respecto a los derechos reconocidos en la Ley, se han regulado derechos específicos como el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia

---

259MACÍAS CASTILLO Agustín, “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, Nº 6913, Sección Doctrina, 28 Marzo 2008, Año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. Siempre en esta línea, el autor destaca que: “La Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (19) , ya se refirió con claridad a esta cuestión. Los hechos que dan lugar al procedimiento tienen lugar en un programa de una televisión local, en el que se emitía un concurso consistente en efectuar preguntas a dos concursantes sobre anécdotas y curiosidades de la ciudad de Málaga, de modo que el concursante que erraba una respuesta, se quitaba una prenda de vestir, perdiendo el concurso el primero en quedar desnudo. En uno de estos programas intervino el hijo del demandante, que por aquellas fechas contaba con 16 años de edad. En uno de los motivos de casación, el padre del menor, que solicitaba una indemnización de 5 millones de las antiguas pesetas, argumentaba que él no había autorizado la participación del menor en el programa, alegando que el muchacho no tenía la madurez suficiente para comprender el alcance de lo que hacía y aceptarlo. Como quiera que los hechos habían tenido lugar en el año 1992, el Tribunal Supremo no puede aplicar aún la LO 1/1996, de modo que considera válidamente prestado el consentimiento por parte del menor, ya que, «El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se nos dice que tenía novia, lo que corrobora lo acabado de confirmar”.

imagen<sup>260</sup>; el derecho a la información, el derecho a la libertad ideológica, el derecho de participación, asociación y reunión; el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído<sup>261</sup>.

En concreto, destacaremos aquellos derechos que tienen una especial relación con el menor inmigrante no acompañado, en la medida en que su ejercicio plantea especiales problemas de legitimidad: derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen; derecho a la información; y derecho a ser oído.

A) En primer lugar, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. “Al tratarse de menores, la dignidad humana y la garantía del libre desarrollo de la personalidad son valores que se superponen a cualquier otra consideración. De este modo, el derecho al honor y a la intimidad son derechos que exigen una mayor protección o un doble reforzamiento frente al derecho a la propia imagen, cuya explotación económica sería más entendible y menos perjudicial para el desarrollo integral del menor (...), y ello es así puesto que no hay causa de justificación posible cuando el principal objetivo consiste en evitar los peligros para el desarrollo de la personalidad del menor o las agresiones a su dignidad personal”<sup>262</sup>.

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se encuentra ya reconocido en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo. En cuanto a la intimidad, GIL

---

260Vid. CASA VALLÉS R., “Derecho a la imagen: el consentimiento y su renovación” *Poder Judicial*, núm. 14, pág. 133. Citado en: CONCEPCIÓN RODRIGUEZ J.L., “El Consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces”, La Ley, 1997.

261Vid. GULLÓN BALLESTEROS A., “Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor”, *La Ley*, 1996

262MACÍAS CASTILLO Agustín, “El consentimiento del menor....” *óp. cit*



HERNÁNDEZ<sup>263</sup> destaca que ésta como manifestación del supremo valor jurídico de la dignidad personal no es un bien jurídico de fácil definición; ni siquiera ésta ha puesto de acuerdo a la doctrina científica, de modo que algunos autores identifican intimidad con privacidad, mientras que otros consideran a la privacidad como un concepto más amplio que el de la simple intimidad.

Ahora bien, la Ley 1/1996 no modifica expresamente la Ley Orgánica 1/1982 en lo concerniente al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, más bien viene a reforzar los mecanismos de garantía estableciendo una regulación específica de estos derechos de la personalidad cuando su titular es un menor de edad. En consecuencia, se considera ilegítima “la revelación de datos privados de una persona o de una familia conocidos a través de la actividad profesional de quien lo revela, salvo que estuviere expresamente autorizado por ley o hubiere consentimiento expreso del interesado”<sup>264</sup>. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el

---

263HERNÁNDEZ GIL A., “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Revista General de Derecho*, 1996

264En este sentido Vid. PALOU BRETONES Antonio, “Responsabilidad del personal sanitario”, *La Ley*, 1999, D-313, 1934-57

consentimiento del menor o de sus representantes legales. Los padres o tutores y los poderes públicos deben respetar estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

En este sentido, destaca José Ramón de Verda y Beamonte que “Las autorizaciones legales a la intromisión en la imagen, establecidas en el art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, son también aplicables respecto de los menores, si bien, en estos casos, la legitimidad de la intromisión deberá apreciarse a la luz de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, adoptándose, cuando sea necesario, las medidas necesarias para que no se perjudique su integridad moral o su formación (por ejemplo, utilizar técnicas de distorsión de la imagen o no incluir su nombre, ni otros datos que permitan identificarlo).

A este respecto, parece adecuado tener en cuenta los acertados criterios expuestos por la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, a propósito de la legitimación que el art. 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, concede al Ministerio Fiscal para intervenir en defensa de los derechos de la personalidad de los menores. a) Así, respecto de la autorización legal contemplada en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, en la conclusión octava de la Instrucción 2/2006, se expone que «En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad o a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana privada del menor o que estuvieran acompañadas de actos de

acoso o seguimiento lesivo para su intimidad», b) En relación con la autorización legal del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, en el párrafo primero de la conclusión final tercera de la Instrucción 2/2006, se afirma que no «procederá en general el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesorio de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos». Sin embargo, según se dice en la conclusión final cuarta, «Si la difusión casual o accesorio de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado».

En lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Superior de 7 de julio de 2004 estimó ilegítima la difusión en un programa de televisión de la imagen de una menor de 9 años, tomada con el consentimiento del centro hospitalario donde se encontraba ingresada, por haber sido maltratada y abandonada. La demandada alegaba que el programa se había emitido en el «Día Internacional de la Familia», con el fin de llamar la atención sobre los malos tratos a menores, por lo que respondía a un fin de interés público. Frente a ello, el Supremo estimó la demanda interpuesta por quienes posteriormente adoptaron a la niña, afirmando que el consentimiento del centro hospitalario no suplía el de los representantes legales y que las imágenes emitidas «mostraban a [la niña] de espaldas, pero luego aparecía de perfil y finalmente se la veía postrada en cama con un primer plano de la cara tomado desde arriba y de frente, lo que permitía observar no sólo las lesiones corporales que padecía, sino también su rostro, con toda nitidez». Observa, además, que «el sujeto pasivo era una menor, cuyos derechos merecen una especial protección»; y, así mismo, que «existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la

interesada, a los cuales no se recurrió».

La Sentencia del Tribunal Superior 13 de julio de 2006 estimó que no era accesoria la imagen de una menor, publicada en un periódico para ilustrar un reportaje sobre discapacitados, en la que ésta aparecía sentada, en primer plano, junto a otro niño, con una profesora que aparecía de espaldas. El Tribunal Supremo basó su decisión en que el rostro de la menor era el centro de la fotografía y el tamaño de ésta ocupaba media página y resaltaba más que el propio artículo del texto escrito”<sup>265</sup>.

B) En segundo lugar, existe el problema relacionado con el derecho a la información. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo, aunque algunos autores<sup>266</sup> dicen que la minoría de edad es un período de la vida humana en el que falta aún la madurez mental y moral, como falta la madurez física. Razonablemente, todo dependerá de la edad del niño y de su grado de competencia. La información indudablemente puede generar problemas éticos que en ciertos casos son de difícil solución y que en muchos casos hay que acudir por vía judicial.

En general los padres o tutores y los poderes públicos deben velar para que la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. Las Administraciones Públicas tienen que incentivar la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitar el acceso de los menores a los servicios de información,

---

265DE VERDA Y BEAMONTE José Ramón, Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y la propia voz. Un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia”, *La Ley*, AÑO XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007

266Vid. GISBERT CALABUIG Juan Antonio, “*Medicina Legal y Toxicología*”, 4ª Edición, Barcelona, 1991, pág. 817, citado en: MARTÍN CRUZ A., “Minoría de edad penal”. *Revista General de Derecho*, 1997, septiembre 10475-82

documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

En particular, deben velar porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un tratado degradante o sexista. Si por un lado, entonces, el derecho a la información puede generar algún problema, por el otro se recoge a nivel nacional e internacional el derecho a ser oído.

C) El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Se debe garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

El “derecho a ser oído” en todos aquellos procesos administrativos o judiciales que le afecten, está especialmente relacionado con el interés superior del menor: art. 9 LOPJM:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre

que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

“A pesar de reconocer el legislador la categoría de derecho al interés del menor a ser escuchado, paradójicamente añade en el apartado 3 de este artículo que puede verse privado de este derecho el menor aunque él mismo hubiese solicitado ejercerlo, conformándose con establecer la paupérrima cautela de que en tal caso la denegación será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal”<sup>267</sup>.

#### II.4.C. EL MENOR EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN SOCIAL

Muy relacionado con esta cuestión, ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, y seguiremos mencionando, instituciones de Derecho como el desamparo y la guarda que en nuestra investigación recaen sobre la figura del menor de edad inmigrante y que por lo tanto es absolutamente necesario abordar.

En Derecho Civil el concepto de guarda y custodia se vincula con la noción de patria potestad, que implica el deber de atención y cuidado del menor ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo<sup>268</sup>.

---

267RAVETLLAT BALLESTÉ Isaac, “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)”, *Revista de Derecho Uned*, núm. 2, 2007, pág. 93

268CASTILLO MARTÍNEZ C.C., “La determinación en la guarda y custodia de los menores en

A título de premisa, es conveniente recordar algunos elementos previos. En la lectura y análisis del Libro I, Título VII del Código Civil constatamos como el mismo CC eleva las relaciones entre la madre, el padre y el hijo “a la categoría de relaciones jurídicas, regulando en dicho título, con mejor o peor fortuna, los derechos y obligaciones de padres e hijos durante el periodo en el que los segundos están bajo la potestad de los primeros”<sup>269</sup>. Señalamos como se trata de un derecho-deber a través del cual los padres ejercen la guarda y la custodia<sup>270</sup>.

En relación con la patria potestad, el CC español es preciso. De la lectura conjunta de los artículos 154, 155 y 156, se desprende como la patria potestad no es un derecho subjetivo que los padres ejercen sobre los hijos<sup>271</sup>.

Podemos resumir diciendo que el art. 154 expresa la función de la patria potestad, el 155 los deberes de los hijos y el 156 los límites de la patria potestad. El dictado legal por lo tanto, en particular el 154 CC, nos entrega aquel conjunto de derechos y deberes que conforme a la ley, los padres tienen sobre sus hijos menores de edad no emancipados. Entendemos entonces, como “la titularidad de la patria potestad se tiene por el hecho de ser padre o madre, y sólo puede ser privada por razones de extrema gravedad (art. 170 CC)”<sup>272</sup>.

---

los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio” en *La Ley* 2911/2007, Actualidad Civil, Nº 15, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Septiembre 2007, pág. 1738, tomo 2, Editorial LA LEY

269 GONZÁLEZ ORVIZ M.E., “*Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alineación parental*”, Editorial Bosch, 2010, pág. 7

270 Entre otros Vid. ZURITA MARTÍN Isabel, “*Madres e hijos: la patria potestad*”, en FUENTES RODRIGUEZ Francisca, CERVILLA GARZÓN María Dolores, “*Mujer, familia y derecho*”, 2003, págs. 65-91

271 Vid. MATEO SANZ Jacobo, “Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI”, *El Ejido*, 19-22 de febrero de 2008 / II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores / coord. per Ramón Herrera Campos Albero, Miguel Angel Barrientos Ruiz, Vol. 1, 2011, págs. 193-208

272 MORENO VELASCO V., “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria

Vale la pena destacar el contenido mínimo de dicha institución de derecho, que, repetimos, no encuentra diferencias entre el menor de edad nacional y el menor de edad extranjero<sup>273</sup>.

En este sentido, el ejercicio de la patria potestad reúne por lo menos cuatro elementos: el hogar del menor de edad, asistencia sanitaria, decisiones escolares-educativas y decisiones relativas a la educación religiosa<sup>274</sup>.

¿Que ocurre cuando desaparecen estos elementos y se tienen que poner en marcha los medios de protección?

En el ordenamiento español, todas las medidas relacionadas con el amparo de un menor de edad tienen que resultar compatibles con el rigor del art. 39 CE<sup>275</sup>, que desempeña su función integradora entre los miembros de la familia biológica, por lo que la completa valoración jurídico-legal del desamparo

---

potestad”, *Diario La Ley*, Nº 7267, Sección Tribuna, 22 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-328, núm. 55, Sección Tribuna, Editorial LA LEY

273Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias Sección. 4ª, 82/2003, de 22 febrero, ya tenemos algunos elementos: “Aun cuando la Sala es consciente de que la ausencia de un mayor detalle puede ser fuente de litigiosidad entre las partes, máxime a la vista del indeseable enfrentamiento que respecto de estas cuestiones mantienen ambos progenitores, no es posible fijar a priori cuáles sean los actos necesitados de ese acuerdo mutuo, insistiendo únicamente, con relación a los temas de educación o asistencia sanitaria en los que más se centraron las partes, que no entran en ese ámbito los que pueden considerarse normales en un niño de esa edad (tales como, sin ánimo exhaustivo, actividades extraescolares, asistencia a convivencias, ayudas en el estudio, revisiones pediátricas, asistencia médica en casos de no especial gravedad) y sí, por el contrario, los que exceden de esa calificación (así, por ejemplo, la elección de colegio, que fue motivo de discrepancia entre las partes, o cambio posterior a otro centro escolar, asistencia o tratamientos médicos en cuestiones de mayor trascendencia), apelando en todo caso al buen sentido de ambos litigantes para evitar que la concreción de tales aspectos en cada caso particular no se convierta en motivo de conflicto en perjuicio de todos.

274Vid. AAP Sevilla de 26 de enero de 2006, SAP de las Palmas de 30 de marzo de 2006, SAP de Burgos de 4 de junio de 2003

275Artículo 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.



configura el origen sobre el que se articula todo el sistema jurídico español de protección de los menores de edad.

Dos son las condiciones para que se pueda acordar la situación de desamparo. Por un lado, debe existir un incumplimiento o imposibilidad de cumplir con los deberes de protección por parte de las personas que legalmente tienen la obligación de garantizarlos. Por el otro, es necesario un elemento objetivo como consecuencia de la condición anterior: se precisa la falta de la indispensable asistencia moral y material<sup>276</sup>.

Dicha falta se identifica con la ausencia de los elementos útiles al desarrollo del menor con independencia de las causas o circunstancias que lo provocaron.

Llegados a este punto, resulta interesante lo establecido en el artículo 23.1, párrafo segundo de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ofrece un elenco de situaciones calificadas como desamparo, que serán apreciadas en todo caso por la autoridad administrativa competente. Son las siguientes:

- a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia.
- b) Ausencia de escolarización habitual del menor.
- c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.
- e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el

---

<sup>276</sup>En este sentido, entre otros, Vid. ARCE JIMENÉZ E., “*Menores Extranjeros no acompañados*”....*op. Cit.*, pág. 127

consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.

f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.

g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.

h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.

i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.”<sup>277</sup>

Por consiguiente, la inaptitud de aquellas personas a las que les atañe el ejercicio de las labores de protección, o más bien que se encuentren en la imposibilidad de ejercerlas, o ejerciéndolas de manera inadecuada, constituyen la premisa que provoca el desamparo. Ya hemos visto como la función de guarda conlleva el deber de cuidar y velar por el menor, alimentarlo y educarlo dándole una formación plena.

Y por tanto, en caso de que esa persona, que debería cuidar al menor, no lo haga, nos encontraremos en presencia de un menor desamparado o, cuanto

---

<sup>277</sup>Como hemos indicado corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Asuntos Sociales, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La resolución del expediente determinará lo procedente sobre la situación legal de desamparo y el ejercicio de la guarda, expresando la posibilidad de plantear la oposición a la misma ante la jurisdicción competente por parte de los interesados. Actualmente se regula en el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

[http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocialigualdadybienestarsocial/export/Infancia\\_Familia/HTML/pagina19.html](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocialigualdadybienestarsocial/export/Infancia_Familia/HTML/pagina19.html)

menos, en situación de riesgo<sup>278</sup>. Cabe señalar que cuando se trata de un menor inmigrante en situación de desamparo se le aplican los artículos 35 LOEX<sup>279</sup> y 189 y ss. del Reglamento de Ejecución de la LOEX<sup>280</sup>. El Fiscal, cual entidad pública apta a la defensa del menor, debe intervenir e impulsar el procedimiento en caso de vulneración de los elementos básicos de protección así como mantener un seguimiento continuado y una presencia permanente por parte del sistema de protección.

Ahora bien, el problema que la doctrina se plantea es si es necesario que el desamparo sea declarado en virtud de una decisión administrativa o judicial. Pérez Martín, considera que el desamparo sólo puede declararse por la existencia de una resolución administrativa<sup>281</sup>.

Cabe señalar, por cierto, que en relación con el amparo de los menores de edad, la entidad pública directamente involucrada es la autonómica, aunque no quiere decir que represente la única legitimada a la verificación de la situación de desamparo. Es sabido que las resoluciones de la entidad autonómica son revisables por los tribunales civiles<sup>282</sup>. En estos casos, el Juez podrá 1)

---

278Es cierto que “el menor padece una situación de riesgo cuando, como consecuencia de determinadas circunstancias personales, familiares o sociales, su desarrollo personal o social se ve perjudicado. Ahora bien, el estado de vulnerabilidad que caracteriza la situación de riesgo no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propias del desamparo. La actuación de las administraciones ante situaciones de riesgo se dirige precisamente a prevenir un posible desamparo y así hacer innecesaria la adopción de medidas de protección que impliquen la separación del menor de su entorno familiar”, en DE PALMA Ángeles, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *QDL*, núm. 4, 2004, pág. 115

279Ley Orgánica de Extranjería

280Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

281En este sentido Vid. PÉREZ MARTÍN, A. J., “Adopción, acogimiento, tutela y otras Instituciones de Protección de Menores”, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 217

282“Aunque la entidad pública no considera conveniente intervenir por entender que no existe desamparo, éste puede declararse por un Juez si contempla la existencia de la situación de hecho que lo provoca”, FÁBREGA RUIZ C.F., “EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS

nombrar un tutor, 2) decretar la tutela automática o la guarda por la entidad pública<sup>283</sup>.

Cabe, entonces, la declaración de desamparo de carácter judicial además de la pronunciada por la entidad autonómica. Tenemos además que destacar que, siendo la tutela del menor una obligación puesta por imperio de la ley, esta resulta automática no tanto por una resolución judicial o autonómica sino por imposición de la ley. En este sentido y según esta concepción, se garantiza la seguridad jurídica<sup>284</sup>.

#### II.4.C.a. LA GUARDA Y EL GUARDADOR DE HECHO

En materia de desamparo, la cuestión se complica aún más: ¿es posible que se declare el desamparo cuando un menor se encuentra asistido correctamente por una persona que no es uno de sus padres biológicos o incluso sin ninguna relación familiar con el o con ella? Esta preocupación conlleva la introducción de un mecanismo que difiere del sistema hasta aquí tratado: la guarda de

---

MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS A LA LUZ DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE MENORES”, en *Diario la Ley*, Año XXVI. Número 6313. Miércoles, 7 de septiembre de 2005, Editorial La Ley

283Según el art. 158 CC, “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

284Parece entonces que esto es lo que hace que no sea necesaria la declaración expresa de la entidad pública para que exista desamparo y tutela legal.

hecho<sup>285</sup> y el guardador de hecho<sup>286</sup>.

Por guarda de hecho se entiende el caso en el que un menor en situación de desamparo o abandono por la razón que sea, se encuentra bajo la protección de una persona física o jurídica que actúa como si se tratara de un guardador legal y sin que actúe por encargo judicial, por lo tanto, sin necesidad de instar un procedimiento judicial<sup>287</sup>.

Por su parte, el guardador custodia al menor, le protege y gestiona su patrimonio sin tener ninguna potestad sobre el mismo y sin que existan formalidades legales. Se trata de una obligación tácita<sup>288</sup> que asume el guardador, actuando en interés del menor, a tenerlo en su compañía, cuidarlo, alimentarlo y proporcionarle una formación integral. La misma LOPJM en su artículo 12.2 establece una forma de control sobre los guardadores, y no sólo, por parte de la administración pública<sup>289</sup>.

Queda claro como el desamparo no se determina en relación a la situación subjetiva de los padres, sino en relación con la situación objetiva del menor. Es decir, si el menor de edad se encuentra atendido, no existirá desamparo. En el caso de que exista una persona idónea, guardador de hecho del menor, aunque

---

285Entre otros: PARA MARTÍN Antonio, “*El Codi de Família i la Llei d' Unions Estables de Parella: (aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya)*” : [actas de las jornadas sobre Codi de família i llei d'unions estables de parella] / coord. por Alfonso Hernández Moreno, Carlos Villagrasa Alcaide, 2000, ISBN 84-95027-73-9 , págs. 375-390. NUÑEZ MUÑIZ Carmen, “La guarda de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, Año 83, Mes 6, 1999, págs. 428-448

286El mismo Código Civil Español, Título X, Capítulo V en los artículos 303 y ss., recoge esta institución de derecho.

287Sobre el tema, MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>.F., “El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de lo procedimientos autonómicos y de las declaraciones bajo su responsabilidad”, *Diario La Ley*, N<sup>o</sup> 7246, Sección Doctrina, 22 Sep. 2009, Año XXX, Ref. D-293, Editorial LA LEY

288En el sentido que no hay ninguna formalidad oficial y legal.

289Art. 12.2 LOPJM: “Los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor”

el mismo no esté obligado a prestar la asistencia, no debe declararse el desamparo, ya que no existe. Dicho de otra forma, en este caso, la guarda de hecho impide el desamparo.

En el ámbito jurisprudencial, el Auto 5/2002 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª del 3 de enero de 2002, cuyo objeto es el recurso dictado en primera instancia con fecha de 5 de marzo de 2001 que rechaza la oposición deducida por D. Gabino y Doña María Teresa contra la Orden Foral 980/2000, de 2 de febrero de 2000, por la que se declara a la menor Elvira en situación de desamparo y se adoptan una serie de medidas en lo concerniente a su tutela, guarda, y régimen de visitas a favor de sus padres abuelos y tíos maternos:

“Emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o social. No todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad. La LO 1/1996 introduce la distinción entre: 1.ª Situaciones de riesgo (art. 17) que son aquellas de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, y 2.ª Situación de desamparo (art. 18) que aparece definida en el art. 172.1 del Código Civil como la que se produce de hecho "a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". En ambos casos la administración competente tiene la obligación de actuar. No obstante, sólo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En el caso de existencia de una situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia

El legislador es, entonces, consciente de que no todos los casos de guarda de hecho pueden constituir desamparo y que, por supuesto, la intervención de las entidades públicas queda subsidiaria a los demás casos de guarda. Esto se

deduce de la recopilación que diferentes normas legales hacen de la descrita situación<sup>290</sup>.

En consecuencia, el Código Civil, en materia de guarda de hecho, no tratándose de una relación directa padres-hijo o tutor legalmente nombrado-menores de edad, no trata dicha situación con la debida atención, limitándose a entregar a la Autoridad Judicial un poder de control sobre el guardador de hecho<sup>291</sup>.

Si el guardador de hecho, cumple sus funciones, evita que se declare el desamparo. En este sentido cabe destacar algunos pronunciamientos de los Tribunales:

Auto 5/2002 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de 3 de enero de 2002:

“Por tanto existirá situación de desamparo y se presumirá en todo caso incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, siempre que nos encontremos con un menor privado de la necesaria asistencia moral o material.... Pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, verificando si aquél tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien los proporcione...”.

---

290Vid. párrafo 2º del art. 239 CC que establece: “se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”. Así mismo Vid. los arts. 5 y 6 (de la situación de desamparo) de la Ley 4/1994 de 10 de noviembre, de Protección y Atención de Menores de la CA de Extremadura. Otras legislaciones parecen adoptar una postura contraria, como ocurre con la andaluza Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que en su art. 23.1 a) (desamparo y tutela), “considera como desamparo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 172.1 del Código Civil, el abandono voluntario del menor por parte de su familia”.

291En particular, art. 303 CC: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 202 y 22 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”.

La sentencia manifiesta que el menor, atendido y cuidado por sus abuelos maternos, se podía considerar en una situación de riesgo, pero no de desamparo, por lo que no se puede proceder a la tutela automática, debiendo adoptarse mecanismos de protección dentro del entorno habitual del menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª de 23 noviembre de 1999; que desestima el recurso de apelación planteado por Doña Mª Lourdes H. J. contra el auto dictado, en fecha 13-2-1998, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Sevilla, sobre oposición al desamparo y acogimiento, confirmándola íntegramente.:

“Para la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia moral y material. El segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentren carentes de tal asistencia. Pudiera parecer que lo primero conduciría a lo segundo, mas no tiene por qué ser necesariamente así: salvando los supuestos de fraude de Ley, es decir, en los que subrepticamente se pretenda por los padres la encomienda de una guarda o acogimiento, adopción o cualquier otra forma de tutelaje del menor de manera privada, al margen del control que por Ley le está encomendado a la Administración y al Ministerio Fiscal bajo la supervisión y control judicial, puede darse el supuesto, y de hecho se ha dado y se sigue dando, de una particular forma de ejercer los deberes asistenciales, tanto materiales como morales (entre los que se encuentra no sólo el afecto sino la procura de una educación integral). Finalmente, sólo a efectos dialécticos, si se entendiese que la actitud del padre demandante es la propia de quien pretende suplantar, ignorar o puentear las facultades de la Administración en materia de tutela en sentido amplia, el expediente no es el de desamparo sino cualquier otra actuación correctora o incluso sancionadora. Porque podría concluirse que equivocó la Administración el procedimiento a seguir, pues no se trata aisladamente del ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad propios del padre biológico sino de la constatación de si se ha producido “de hecho” una situación de desamparo de un menor que, por el riesgo que para él representaría, exigiría la intervención de los poderes públicos en esa función de guarda legal que les corresponde; todo naturalmente sin perjuicio de las acciones pertinentes frente al padre biológico si, por su comportamiento, estuviese incurrido en supuestos de suspensión o privación de la patria potestad, y, también, sin perjuicio de la



activación de los mecanismos legales de custodia a fin de transformar la guarda de hecho, en guarda de derecho; así, los arts. 216, 222, 228, 229, 230, y demás concordantes del Código Civil. Volviendo pues a la dicción del art. 172 del Código Civil al definir la situación de desamparo, cobra especial relevancia a los efectos interpretativos, art. 3 del Código Civil, la referencia a la situación que se produce "de hecho", lo que obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado; es decir, si la consecuencia fáctica, la situación real y actual, al momento de la intervención de la Administración, no es susceptible de ser calificada como de desamparo, porque el menor tenga cubiertos los bienes, materiales y morales, fundamentales exigidos por las leyes, cualquiera que sea quien los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentre éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos; y ya hemos dicho que si tal incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro en la que ninguna influencia vaya a tener aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, como el examinado respecto de la suspensión o privación de la patria potestad, o la no necesidad de audiencia en los supuestos de adopción, etc., pero nunca la calificación de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo; cuestión distinta sería el efecto que se produce a la inversa, a saber: que si se constata una situación fáctica susceptible de ser calificada de desamparo y trae su origen en el incumplimiento de los deberes inherentes a la guarda del menor, conlleve determinados efectos sobre la suspensión de la patria potestad cuando la tutela es asumida por la entidad pública”

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de marzo de 1992 en materia de guarda de hecho:

“La guarda de hecho acordada, con las facultades de control inherentes a la misma se acomoda plenamente a las circunstancias preexistentes, protege al menos transitoriamente de forma adecuada el interés de los hijos del matrimonio y en último extremo tal situación no los aleja del entorno local, educativo y sociológico en el que radicaban antes de producirse los acontecimientos que han desembocado en la necesidad de acudir a la guarda de hecho a fin de evitar el desamparo y evidente desprotección”

De la misma manera, es conveniente hacer referencia a algunas resoluciones de Juzgados de 1ª Instancia en las que se reconoce la condición de guardadores

de hecho a particulares que ejercían el cuidado de un menor sin tener ninguna vinculación con este. En primer lugar la Resolución de 19 de julio de 2002 dictada en autos de jurisdicción voluntaria núm. 25/02 del Juzgado de 1ª Instancia de Algeciras, en el que se reconoce la condición de guardadores de hecho a un matrimonio que tenía bajo su cuidado a un menor de nacionalidad nigeriana<sup>292</sup>. Además, Resolución de 20 de junio de 2000 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Córdoba que indica que:

“La menor no se encuentra en situación de desamparo habida cuenta que existen personas que se ocupan de su manutención, cuidados y educación, en definitiva de la protección de la menor, siendo dicha solución más adecuada que la diseñada tutela automática de la institución pública”.

Cabe destacar también la Resolución de 14 de mayo de 1998 en autos de jurisdicción voluntaria núm. 833/97 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Córdoba en el que se reconoce la condición de guardadora de hecho a la promotora del expediente que había cuidado del menor, sobrino nieto de la misma, durante varios años, añadiendo que:

“Es evidente que la guarda de hecho tiene un respaldo legal a raíz de las últimas reformas operadas en el Código Civil, guiadas por el propósito de abrir todo un abanico de soluciones al problema que surge de la desprotección de menores e incapaces, cuyo juego integrador es preciso potenciar... porque la tutela automática de la entidad pública puede fallar... esto es, resulta factible la existencia de menores cuidados espontáneamente por personas sin ningún tipo de reconocimiento oficial, y esa situación en la medida en que tiene encaje en el concepto de guarda de hecho, puede ser objeto de reconocimiento a los efectos legales que procedan”

Por lo tratado hasta aquí, entendemos, como la previsión por ministerio de

---

<sup>292</sup>De la misma manera: Resolución de 9 de mayo de 2002 dictada en autos de jurisdicción voluntaria núm. 55/02 del Juzgado de 1.ª Instancia de Baena (Córdoba), en el que se hace el mismo reconocimiento con un menor de nacionalidad china cuyos padres residen en dicho país.

ley de la tutela, se deberá conceder a la entidad pública en vía subsidiaria, ya que, en ausencia de patria potestad o suspensión del ejercicio de la misma por la declaración de desamparo, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las normas legales<sup>293</sup>. Por otro lado, podemos entonces afirmar que en caso de existencia de persona que pretenda asumir la tutela del menor de edad, se tiene que constituir la misma, resultando la intervención por parte de la entidad pública solamente provisional, es decir, sólo para el tiempo estrictamente necesario a los tramites inevitables de constitución de la tutela. En el caso de que se produzca desamparo, la entidad pública tendrá la obligación de instar la constitución de la tutela como impone el art. 239.2 CC<sup>294</sup> así como se tendrá que respetar el contenido del art. 172.4 CC<sup>295</sup> en materia reinserción familiar<sup>296</sup>.

Finalmente, resulta interesante el planteamiento, en materia de la Sentencia

---

293En este sentido, FÁBREGA RUIZ C.F., “EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES INMIGRANTES... op. cit., Diario La Ley. En particular, arts. 215 y ss. del Código civil español.

294Art. 239.2 CC. “Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

295Art. 172.4 CC. “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”.

296Esto puede generar un problema ya que es muy discutido si este planteamiento resulta posible ya que continúa subsistiendo la patria potestad, con lo cual es incompatible con la constitución de la tutela. Hemos de indicar que si la tutela por la entidad pública es compatible con la patria potestad, el optar por nombrar un tutor en vez de un acogedor puede ir en interés de la reinserción familiar del menor. Esto conlleva la actuación de los abuelos, que como acogedores que no pueden adoptar y que para representar al menor siempre tendrán que acudir a la entidad pública. Los tutores no tienen este problema. La AP de Álava en su sentencia de 25 de enero de 1999 y el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Cádiz de 25 de noviembre de 2003, se ha pronunciado en contra de este nombramiento de “tutor ordinario”. Estas resoluciones no citan el art. 239.2 CC que contempla expresamente esta posibilidad. Lo mismo ocurre con el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Cádiz de 4 de marzo de 2004, que aun considerando que la pareja ejerce la guarda de forma conveniente y tiene una fuerte vinculación con el menor, por lo que la nombra acogedora del mismo, entiende que procede declarar el desamparo y la tutela de la entidad pública. Ni en este caso se hace referencia a lo dispuesto en el art. 239.2 CC.

de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004<sup>297</sup> en sus FJ. 11º y ss. Esta Sentencia desestimó la oposición formulada por la madre del menor contra la Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales por la que se le declara en situación de desamparo, revocándose parcialmente la misma en el sentido de que la constitución del acogimiento residencial de la menor en favor de los actores:

*Undécimo:* Por las llamativas irregularidades detectadas y la dilación temporal en el proceso de atención del menor, que ha impedido la entrada y actuación inmediata o a corto plazo de las instituciones públicas, el siguiente interrogante a abordar en esta litis es la exégesis de la definición de desamparo contenida en el art. 172.1 del Código Civil, a efectos de justificar una actuación administrativa de desamparo y tutela automática, con cese inmediato de la actual guarda, tras más de un año del menor en situación de acogida familiar de hecho con buen trato y asistencia; actuación de la entidad pública que pocas dudas de ratificación judicial hubiera planteado en otro momento temporal, a saber: si se hubiera producido en los primeros momentos o en meses posteriores y relativamente cercanos al parto, pues el claro abandono por los padres se erige en causa suficiente y clara para entender desamparado al menor recién nacido.

Al no ser así, debemos interrogarnos sobre si el menor de edad que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año en tal situación.

Y, como primera premisa, debemos apuntar ya que del desamparo se ha dicho que es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, siendo importante destacar y recordar que se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por el actual de desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que este segundo es, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor.

En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección y, además, es cierto que abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado.

---

297Pte. Del Río Fernández

Ahora bien, importa sobremanera insistir en el rasgo valorativo determinante del juicio de valoración sobre el desamparo, que obliga a definirlo y entenderlo existente sólo cuando concurren de forma clara y sustancial tres notas, que después pormenorizaremos: a) incumplimiento de los deberes de protección, b) privación de la necesaria asistencia moral o material del menor y c) nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Con lo expuesto, acabamos de dejar apuntada ya la conclusión final de este apartado, que tratamos de justificar seguidamente, pues no aceptamos el criterio seguido por el juez de primera instancia ni la tesis de la Administración apelante. Y ello por cuatro razones básicas: 1. La guarda de hecho, como se dijo más arriba, está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad, al margen y distintas de la tutela automática; 2. El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.); 3. No toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor ni, por tanto, desasistencia moral o material; y 4. No obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo.

*Duodécimo:* Con unos y otros argumentos, la doctrina y la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales que se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido, de forma que podemos calificar de unánime, que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y, por ende, la tutela administrativa. Mayoritariamente, los argumentos utilizados devienen de la propia exégesis del concepto legal de desamparo: "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material" (art. 172.1 del Código Civil).

O sea, siendo el desamparo la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente, para poder acordarlo es necesario que se cumplan dos requisitos imprescindibles:

1.º) Se exige, en primer lugar, el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor; entendiendo por deberes de protección los establecidos en las leyes de guarda de menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor que integran el contenido de la patria potestad (art. 154 CC), esto es, velar por el menor, tenerlo en compañía,

alimentarlo y educarlo, procurándole una educación integral.

Los sujetos causantes de la desprotección son, normalmente, los padres que detentan la patria potestad, aunque también puede residenciarse este plano subjetivo en aquellas personas que ostenten poderes de guarda: tutores, defensor judicial, guardadores de hecho o acogedores. Se trata no sólo de los supuestos de abandono absoluto del menor, sino también de aquellos casos en que los guardadores incumplen los deberes de hecho, los ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo.

Los supuestos que pueden darse en la realidad son muy variados: abandono voluntario del menor por su familia, ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos físicos o psíquicos, trastorno mental grave de los padres o guardadores que limite o impida el ejercicio de los deberes de protección del menor, drogadicción habitual de las personas que integran la unidad familiar, si ello incide en el desarrollo y bienestar del menor, abusos sexuales en el seno de la familia, cualquier forma de explotación económica y, en fin, carencia de familiares, incapacidad, ausencia, enfermedad o, incluso, un intenso déficit socio-cultural que pueda imposibilitar el ejercicio de los deberes de guarda.

Además, la expresión "de hecho" utilizada por el art. 172.1 CC nos lleva necesariamente a atender datos puramente externos, sin juzgar valores internos ni la voluntad de los que incumplieron o están imposibilitados para ejercer sus deberes, ni las causas que motivaron su conducta.

Este carácter objetivo del desamparo se pone de manifiesto en sentencias de múltiples Audiencias Provinciales --AP Sevilla de 25 de marzo de 1996, AP Toledo de 9 de febrero 2000, entre otras-- y también nos lo recuerda la propia RDGRN, en resolución de fecha junio de 1996, cuando señala que "la situación que se produce cuando una entidad asume funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. art. 39 Constitución)".

2.º) El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor, de primordial importancia en el caso de esta litis. El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, relaciones personales), como ponía de manifiesto la sentencia AP Sevilla, de 23 de noviembre de 1999: "si el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, esto es, tiene cubiertos sus bienes morales y materiales de acuerdo con la legislación vigente, sin ejercer ningún tipo de influencia, el mecanismo de actuación no puede ser la declaración de desamparo sino que habrá de ser otro, ya sea la suspensión o privación de la patria potestad (en este mismo sentido, AP Vizcaya

de 3 de enero de 2002).

Una inicial y clara situación de desamparo y consiguiente tutela automática pública o “*ex lege*” por desprotección de un menor recién nacido ha derivado, de forma incomprensible, en una situación favorable y muy duradera en el tiempo de guarda de hecho, que ahora hemos de respetar y proteger jurídicamente, aunque sea de forma provisional y transitoria, en base al interés preponderante del menor, mientras se constituyen las instituciones tutelares u otras formas de sustitución de la patria potestad.

Tras todo lo dicho, parece claro por tanto que la entidad pública de la respectiva Comunidad Autónoma tiene la obligación de actuar en favor del menor; y si no lo hace, incumple la ley. Se ha visto, asimismo, como el punto 2 del art. 172.1 CC nos ofrece los fundamentos que definen la situación de desamparo: en caso, entonces, de falta de la “necesaria asistencia moral o material”, se inician los tramites para declarar al menor en situación de desamparo y ejercer la protección impuesta por ley. La falta de asistencia moral o material se traduce en “incumplimiento de lo que constituye el contenido personal de la patria potestad y de la tutela, sea total o parcial e imputable o no al titular de las obligaciones, bien sea por inadecuada o por imposible”<sup>298</sup>. Además, como ya hemos mencionado, las actividades del art. 172 CC. son secuenciales: 1) se detecta un menor de edad en situación de desamparo, 2) se alerta la entidad pública que por imperio de ley ejerce la guarda, 3) se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y se advierte a los padres, los tutores o guardadores.

A partir de ese momento, el menor entra dentro del sistema de protección de

---

298 ESCUDERO LUCAS J.L., “*La tuición del menor abandonado*”, Universidad de Murcia, 1995, pág. 46

la entidad pública territorial, y esto en caso de un menor de nacionalidad española.

Sin embargo, cuando afrontamos la cuestión en el caso de los menores inmigrantes no acompañados, resulta significativo que aun declarándose en situación de desamparo, el otorgamiento de la residencia al menor inmigrante no acompañado no es automática.

Dicha residencia sería legal desde el mismo día que el menor se pone a disposición de los servicios de la Comunidad Autónoma. Lo que acabamos de afirmar, es, normativamente, contundente según lo que dispone el art. 35.7 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX):

“Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.”

Sin embargo, tal contundencia no parece encontrar equivalencia en el Reglamento de Ejecución de la LOEX<sup>299</sup>. En particular nos referimos a los artículos 196.1 y 198.1:

“Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000,

---

<sup>299</sup>Real Decreto 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009



de 11 de enero”

y

“En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales”

En consecuencia, se percibe una cierta incongruencia entre ambas normas, ya que según lo dispuesto en la LOEX, el menor extranjero debería obtener la autorización de residencia el mismo día en que lo acoge y ampara el Servicio de Protección del Menor de la C.A., mientras que el reglamento de desarrollo parece otorgar a los poderes públicos un margen más amplio de actuación.

## II.5. LA LEY DE EXTRANJERÍA Y SUS SUCESIVAS REFORMAS

La regulación española del fenómeno inmigratorio se caracteriza por una sucesión de normas en materia de extranjería e inmigración. Una de las explicaciones viene representada por el constante enfrentamiento entre los partidos políticos mayoritarios. Las permanentes disputas rinden más lenta la posibilidad de alcanzar la estabilidad y uniformidad de criterios imprescindibles<sup>300</sup>.

La primera Ley Orgánica española de derechos y libertades de los extranjeros, fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Esta Ley fue sin duda necesaria ya que el ordenamiento español carecía, desde el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, de una norma que con pretensión de generalidad recogiese, formulase y sintetizase los principios que debían informar la situación de extranjería evitando la proliferación de disposiciones de distinto rango<sup>301</sup>.

Sin embargo, fue asimismo objeto de crítica, pues se pesó que quedaba ajena a la realidad sociológica y jurídica del país careciendo, como se puede notar de las palabras de Andrés Rodríguez Benot, de aquel ánimo protector del inmigrante<sup>302</sup>. Sugiere RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS: “esta Ley ni siquiera parece intuir la transformación que se va a producir en España, que de

---

300 Junto a las últimas reformas de la Ley 4/2000 modificada; en la actualidad estamos pendientes de la aprobación de un nuevo Reglamento de Extranjería que modifique el vigente.

301 Vid. Preámbulo Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio.

302 “El texto final de la LO 4/2000 es fruto de la fusión de tres proposiciones de Ley en 1998 en el Congreso de los Diputados por sendos Grupos parlamentarios; todas ellas están marcadas por un ánimo social protector del inmigrante, del que en cierto modo carecía la LO 7/1985”. RODRÍGUEZ BÉNOT A., “*Principios inspiradores y caracteres generales de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”, en CARRILLO SALCEDO J.A., “*La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2002, pág. 15

país tradicional de emigración pasará a convertirse en país de inmigración”<sup>303</sup>.

Podemos darnos cuenta de tal limitado e inadecuado alcance en los que son los aspectos más relacionados con la integración del inmigrante: los permisos de trabajo de más larga duración son de cinco años y su renovación no es automática; por otro lado, la Ley no menciona en ninguna disposición la palabra “familia”. Estas ausencias provocan que el inmigrante busque amparo, a veces fraudulento, en otras normas jurídicas o, directamente, en la irregularidad. Directa consecuencia fue, después de la promulgación de la citada Ley, el aumento considerable del número de solicitudes de nacionalidad y de asilo por parte de quienes son, en realidad, inmigrantes económicos<sup>304</sup>.

Seis años después de aprobar la Ley de 1985, el Congreso de los Diputados da una clara muestra de desacuerdo respecto a esta norma. De hecho se reconoció que esta Ley no se ajustaba a los criterios establecidos en el marco comunitario, y además no conseguía los fines pretendidos, ya que España se había convertido en tierra de inmigrantes, y eso, no iba a cambiar con una Ley de extranjería tan restrictiva, tanto que se decidió hacer una reforma de la misma. El 9 de abril de 1991 se adopta una Propuesta que propone una política de inmigración global basada en tres elementos: el control de los flujos, la integración de los inmigrantes y la cooperación al desarrollo de los países de

---

303RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “*El régimen legal de la inmigración en España: El continuo cambio*” Migraciones, 2001, núm. 9, pág. 71

304En este sentido: “El empleo se ha convertido en el bien máspreciado y buscado, ya que la inmigración económica llegada a nuestra Comunidad Autónoma, quiere un empleo y el poder tener oportunidades económicas para sí y para los familiares que de ellos dependen tanto en nuestro país como en sus países de origen. Si bien el proceso de llegada de la población inmigrante se produce a través de diferentes y diversas estrategias de integración, hemos de reconocer, que la estrategia principal empleada por este colectivo tiene que ver con la dimensión laboral, es decir, que los procesos de inmigración económica se basan sobre todo en el logro de un puesto de trabajo. Vid. RUBIO ARRIBAS J., “*Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña*”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid 17 (2008.1)

procedencia. En realidad tal Propuesta representó el primer paso adelante hacia la preparación del Reglamento de Extranjería de 1996 (R.D. 155/1996, de 2 de febrero), que constituyó una primera arquetipo de la vigente LO 4/2000. Con dicho Reglamento aparecen, por primera vez en la legislación española, los instrumentos que son condición indispensable para alcanzar una verdadera acción de integración de los extranjeros. Además de crearse los permisos de residencia y de trabajo permanentes se regula la reunificación familiar, aunque no llega a configurarse como derecho<sup>305</sup>.

Debido a la presión política sobre el Gobierno vigente de aquel entonces<sup>306</sup>, diversos grupos parlamentarios presentan individualmente proposiciones de Ley para lograr un marco legal favorecedor de la integración social. Se inicia de este modo el proceso legislativo que conducirá a la aprobación de la LO 4/2000. Esta Ley va a ocasionar la ruptura del consenso básico de las fuerzas políticas, a partir de este momento la política de inmigración –cuestión de Estado- entrará a formar parte de la agenda electoral de los partidos, lo que propiciará un debate poco sereno.

Tras el cambio de gobierno producido en las elecciones legislativas de 1996 se abre un debate sobre la conveniencia de desarrollar una nueva Ley de Extranjería. En el verano de 1998 tienen entrada en el Congreso tres proposiciones de Ley provenientes de los Grupos CIU, IU y Grupo Mixto-ICV. A estos documentos hay que añadir un borrador de nueva ley elaborado por el Ministerio del Interior y la propuesta del PSOE en forma de enmienda a la totalidad y un documento denominado Estatuto Básico de los Extranjeros en

---

305Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “*Políticas de inmigración e integración de los inmigrantes: Derecho de la Unión Europea y Derecho español*” en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, MARÍÑO MENÉNDEZ F. (Dir.), “*Colectivos en riesgo de exclusión: inmigrantes, minorías étnicas y perspectiva de género*”, Imsero, Madrid, 2003 pág. 303

306Primer gobierno del Partido Popular

España. En la Comisión Constitucional comienza el debate de todas estas propuestas a la búsqueda de un texto consensuado por todos los grupos. Tras dieciocho meses de trabajo el partido gobernante, el PP, se descuelga del proceso alegando que el texto acordado era contrario al espíritu de la reciente Cumbre Europea de Tampere y que en general se iba muy lejos en el otorgamiento de derechos a los extranjeros. Este cambio trajo consigo que el texto se enmendara en su trámite de aprobación en el Senado.

Finalmente y apenas un día antes de finalizar la actividad parlamentaria se aprueba con la oposición del PP la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el B.O.E. de 12 de enero de 2000. Al contrario de la anterior ley, en este caso no resulta sencillo hacer un análisis del contenido de esta norma debido a su escasa vigencia, apenas un año. Con ello se quiere hacer notar que faltó una aplicación práctica de su articulado que pudiera dar una visión del alcance de algunos preceptos<sup>307</sup>.

En el sentido de nuestra investigación cabe destacar: Para lograr la finalidad primaria de la LO 4/2000 –la integración social de los inmigrantes–, el legislador opta por la máxima equiparación posible entre nacionales y extranjeros en el goce de los derechos, presuponiendo que su reconocimiento (no sólo de los derechos fundamentales, sino también de aquellos sociales que están en la base del Estado del Bienestar) constituye el instrumento básico para la integración; así, se relativiza la situación de irregularidad del extranjero como criterio para excluirlo del goce de ciertos derechos, apartándose de lo prescrito en la LO 7/1985 y es normal en el Derecho comparado.

Junto a ello, en la regulación del sistema legal de control de los flujos

---

<sup>307</sup>Vid. Revista Mugak: <http://revista.mugak.eu/articulos/show/315>

migratorios, basado en la técnica jurídica de la autorización (de entrada, de residencia y de trabajo), se recogen las orientaciones siguientes: en primer lugar, se flexibiliza el acceso a la situación de regularidad, contemplando una vía de regularización singular permanente (se refiere al reconocimiento del derecho a la residencia regular desde la residencia de hecho con ciertas condiciones, contemplado en el artículo 29.3 LO 4/2000); en segundo lugar, se procura incrementar las garantías y reducir en lo posible el ámbito de discrecionalidad de la autoridad administrativa; finalmente, se dulcifica el régimen sancionador garante de su efectividad, excluyendo la expulsión como sanción ad hoc de la extranjería en los casos encontrarse en territorio español o trabajar sin la pertinente autorización<sup>308</sup>.

El gobierno de aquel entonces vivió como una derrota la adopción de esta Ley tanto que obtenida la mayoría absoluta en las elecciones de marzo de 2000 procedió a una reforma y revisión de la misma Ley<sup>309</sup>. Así, el 22 de diciembre fue aprobada la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Como establece su exposición de motivos, la reforma de la Ley 4/2000 de 11 de enero es sin duda necesaria en cuanto la normativa española ha de ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 parte entonces de la situación y

---

308RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “*El régimen legal.*” op. cit.

309El portavoz en el Congreso del Partido Popular, anunció, en la misma sesión parlamentaria, en la que se aprobaba, el deseo de proceder a su reforma cuanto antes.

características de la población extranjera en España, no sólo en el momento de la entrada en vigor, sino de cara a los años venideros, regulándose la inmigración desde la consideración de ésta como un hecho estructural que ha convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios y, por su situación, también en un punto de tránsito hacia otros Estados, cuyos controles fronterizos en las rutas desde el nuestro han sido eliminados o reducidos sustancialmente<sup>310</sup>.

Todo el proceso legislativo está marcado por dudas más que por elementos convincentes, ya que ni el alegado “efecto llamada”<sup>311</sup> de la LO 4/2000, consecuencia de la supuesta generosidad de la norma legal, ni la presunta falta de conformidad con las obligaciones internacionales de España, sobre todo con las Conclusiones de Tampere de 1999, convencen sobre la urgente modificación de la Ley de 2000. La reforma tiene en general carácter restrictivo permitiendo obtener un verdadero control de los flujos migratorios. La integración social de los inmigrantes, objeto de atención preferente en la LO 4/2000, queda en un segundo plano y, además, circunscrita a los “extranjeros residentes”.

El planteamiento de la LO 8/2000 confía en el sistema legal de control de los flujos migratorios y en su eficacia, cuando en realidad, los antecedentes lo habían desmentido.

---

310Vid. Exposiciones de motivos de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

311El ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, protagonizó la mayor operación de regularización de inmigrantes ilegales jamás vista en España, con la aprobación del nuevo Reglamento de Extranjería. Siguiendo la idea de “papeles para todos” que el PSOE de José Luis Rodríguez Zapatero ya había cultivado en sus años de oposición al PP, Caldera legalizó la situación de cientos de miles de irregulares, asegurando que después la Ley se aplicaría con rigor para evitar la ilegalidad. Doce meses después, las estadísticas oficiales ya reconocen que hay más de un millón de extranjeros sin papeles entre nosotros produciendo un efecto llamada de los que todavía viven en el país de origen.

La Ley 4/2000 es nuevamente modificada en noviembre de 2003<sup>312</sup>. La Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, responde, una vez más, a la necesidad de incorporar los compromisos internacionales de España y de ofrecer una respuesta al incremento del número de residentes extranjeros y a los cambios en las formas en que se produce la inmigración. Tras esto, durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, han acontecido diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, plantearon la necesidad de adaptar aquélla a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio<sup>313</sup>.

De hecho, podemos resumir los objetivos concretos en tres elementos: una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios, facilitar los medios para desarrollar una inmigración a través de los cauces legales, reforzar la lucha contra la inmigración ilegal.

Sin embargo, la normativa legal, por sí misma, no resuelve ningún problema. “La orientación de la LO 4/2000 modificada hacia el control de los

---

312El 3 de octubre de 2003, el parlamento aprobó la tercera reforma de la ley de extranjería. Reforma que, al igual que las anteriores, ha sido denunciada por colectivos sociales, organizaciones de inmigrantes y organismos de defensa de los derechos humanos, como la más restrictiva. La reforma se justifica por el aumento del número de extranjeros, la necesidad de ordenar mejor los flujos migratorios, facilitar la inmigración legal y combatir la ilegal, y adecuar la ley a los cambios en la legislación europea. Pero también para adaptar la sentencia del Tribunal Supremo que, en marzo, declaró ilegal varios artículos del reglamento que desarrollaba la anterior ley. En una pirueta de dudosísima legalidad, el gobierno, en vez de cambiar el reglamento, cambiaba la ley para adaptarla al reglamento

313Vid. Exposiciones de motivos LEY ORGÁNICA 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.



flujos debería combinarse con un tratamiento flexible de la irregularidad y con la implantación de medidas positivas que facilitaran materialmente la integración de los inmigrantes. Téngase en cuenta que tan negativa es una política de fronteras abiertas como otra de fronteras cerradas que, si no se adecua a la realidad de los flujos, va a originar una creciente bolsa de irregulares”<sup>314</sup>.

#### II.5.A. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO Y SUS POSTERIORES REFORMAS

Como ya se ha indicado, la Ley Orgánica 4/2000 fue elaborada por el Partido Popular, durante su última legislatura<sup>315</sup>. La anterior Ley de Extranjería (Ley 7/1985), necesitaba una profunda reforma puesto que no respondía a las necesidades reales de integración social de las personas inmigrantes<sup>316</sup>. El proyecto de elaboración de la nueva ley fue bien aceptado por la mayoría de los grupos parlamentarios. Los promotores de esta ley fueron Convergència i Unió (CiU), Izquierda Unida (IU) y el Grupo Mixto, y sobre sus propuestas se inició el debate y el borrador de lo que sería la Ley Orgánica 4/2000. La

---

314 RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J.M.; “*El régimen legal...*” op. cit. pág. 100

315 El Partido Popular no contaba con mayoría absoluta, por lo que tuvo que pactar con otras fuerzas políticas para conseguir sacar adelante sus propuestas.

316 “La primera regulación legislativa de los derechos de los extranjeros tendrá lugar con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Se trataba de una ley aprobada en un momento en el que el que había todavía un número muy reducido de extranjeros que residieran en España (en 1981 no llegaban a 200.000). La ley tenía, por tanto, unas ambiciones muy limitadas desde el punto de vista de la regulación del fenómeno migratorio y ninguna orientada hacia la integración social de los inmigrantes”, BALAGUER CALLEJÓN F., “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN. UN COMENTARIO A LA STC 236/2007 DE 7 DE NOVIEMBRE”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), núm. 10, Julio-Diciembre 2008, pág. 486

tramitación parlamentaria se caracterizó por el acuerdo de todos los grupos y de cierta parte del PP, encabezada por el entonces ministro de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>317 318</sup>.

La Ley procuraba dotar a los extranjeros de los mismos derechos que los españoles. Se impulsaba el reconocimiento de los derechos y libertades para los inmigrantes que vivían en España, sin, en principio, necesidad de permisos de residencia o trabajo como requisitos para acceder a algunos de esos derechos. De la misma manera, se intentaba flexibilizar los trámites administrativos para poder conseguir uno de estos permisos y se desligaba el permiso de residencia de la obtención de un permiso de trabajo. Por otro lado, el empadronamiento (y en algunos casos el hecho de ser residente), era requisito previo para ser titular de algunos derechos. El mismo concepto de Estado de bienestar se extendía a este colectivo así como la mayor parte de las prestaciones sociales. La orientación, marcadamente social, era necesaria para facilitar la integración de los inmigrantes desde la premisa de que no puede haber plena integración si no hay igualdad desde el primer momento; “pues la adquisición de derechos y libertades no puede considerarse el fin de la integración, sino su origen”<sup>319</sup>.

La Ley vio la luz por poco tiempo y sus consecuencias no se pudieron evaluar. Ni se elaboró el Reglamento de ejecución; el Partido Popular estimó

---

<sup>317</sup>Manuel Pimentel

<sup>318</sup>“A pesar del consenso social y político que había obtenido la ley, el Partido Popular, tan pronto como consiguió la mayoría absoluta en las elecciones del 12 de marzo de 2000, inició los trámites para su modificación. La justificación de la reforma, operada a través de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se contenía en la Exposición de Motivos de ésta, donde se indicaba que se habían «detectado durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma» en BALAGUER CALLEJÓN F., “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES...op.cit. Pág 486

<sup>319</sup>SOLANES Á., “Vías ordinarias de regularización de extranjeros” en CABEZA JAIME Y MENDOZA, NATIVIDAD, “Tratamiento Jurídico de la Inmigración”, Bomarzo, 2008, págs. 185-216

que, si ganaba en las cercanas elecciones, con la reforma de la Ley que llevaría a cabo, se desarrollaría el Reglamento correspondiente. En el año 2000, los electores otorgaron la mayoría absoluta al Partido Popular y el mismo, como prometido, empezó la reforma de la Ley 4/2000.

En realidad, más que de una reforma se trató de una nueva Ley ya que modificaba la mayor parte de los artículos dotando la norma de un carácter poco renovador. En concreto se dedicó al control de los flujos y en diferenciar entre el inmigrante irregular y el regular como base para la concesión de derechos. “Aunque, en la aprobación de la reforma, el PP contó con el apoyo de CiU y de Coalición Canaria (CC), el consenso en torno al texto fue menor que con la ley anterior, ya que otros partidos, como el Partido Nacionalista Vasco (PNV), IU, el Grupo Mixto e incluso el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) retiraron su apoyo al PP, al comprobar como éste no incluía el gran número de enmiendas presentadas ante el Congreso por dichos grupos parlamentarios”<sup>320</sup>.

De todas formas, el texto definitivo no recogió todas las propuestas hechas por el Partido Socialista y por Convergencia y Unión. Las propuestas más destacables que se llevaron a cabo se pueden resumir de esta forma: el papel de las Comunidades Autónomas en la regulación del control de flujos, la concesión de los derechos de asociación, reunión, sindicación y huelga, acceso al sistema educativo no obligatorio como medio indispensable para avanzar en la integración social<sup>321</sup>. En este sentido cabe señalar la STC 236/2007 de 7 de

---

320SORIANO MIRAS R.M., “Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social”, *Papers*, 2011, 96/3, págs. 693-694

321Vid. entre otros: RELAÑO E., “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”, *Migraciones Internacionales*, 2 (3), 2004, págs. 110-141 y PÉREZ DÍAZ V., “España ante la inmigración”, Fundación “La Caixa”, *Colección de Estudios Sociales*, 2001, pág. 8

noviembre que falló sobre el recurso presentado por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Resalta la parte del fallo que declara inconstitucionales los artículos de la Ley 8/2000 que modificaban el derecho de reunión, asociación y sindicación.

En concreto, el 23 de marzo de 2001, la Letrada del Parlamento de Navarra, actuando en nombre y representación de la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>322</sup>.

En esta sentencia cabe destacar también la relación entre el art. 13 y 14 de la Constitución Española, sobre todo, entonces, el voto particular del Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas que, en el contenido de la sentencia misma, supone una diferenciación de partida de la posición constitucional de los españoles y de los extranjeros<sup>323</sup>.

---

322Vid. punto primero de los Antecedentes de la STC 236/2007 de 7 de noviembre

323Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2007, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001, al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. “ (...) En mi personal interpretación del sentido del art. 13 CE, clave en este caso de toda la Sentencia, tal precepto supone una diferenciación de partida de la posición constitucional de los españoles y de los extranjeros. Por ello no puedo compartir la construcción de la Sentencia que pretende apoyarse en una interpretación sistemática del título I CE, en la que subyace un criterio apriorístico de equiparación, para derivar de él una limitación al legislador a la hora de reglar los términos del disfrute de los derechos de que se trata por los ciudadanos extranjeros, límite cuyo exacto anclaje constitucional no encuentro. La Constitución, cuando establece en el art. 13 el estatus de los extranjeros, remite en primer lugar a los Tratados, y en segundo lugar a la Ley. Son así los tratados el único límite discernible que la Constitución fija al legislador. Pero a su vez los tratados, en cuanto límite impuesto al legislador por la Constitución, habrán de tomarse en su totalidad; de modo que cuando en ellos se consagra un derecho, pero a la vez se permite que los Estados puedan limitarlo por las razones que en ellos se indican, llegado el momento de examinar si las limitaciones establecidas en relación con la atribución de dicho derecho a un

La Ley como su Reglamento de Desarrollo fueron abiertamente criticados, no solamente por la parte política sino también por los actores sociales (Sindicados e Iglesia entre otros). La respuesta a tales críticas llegó en 2003, con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1924/2003 de 20 de marzo<sup>324</sup>. El Tribunal Supremo confirmó la ilegalidad de trece apartados del Reglamento. Esta sentencia dio origen a una nueva reforma de la Ley (Ley 14/2003) que también consiguió ganarse más detractores que defensores, pues aún se vio más acentuado el marcado carácter restrictivo de aquella<sup>325</sup>.

---

ciudadano extranjero, habrá de analizarse si tales limitaciones pueden entrar o no entre las permitidas por los tratados, y en concreto si la limitación de la estancia legal en España puede considerarse amparada en esos tratados. (...)”.

324 Recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

325 Si bien se ha analizado también la Ley 11/2003, no ha quedado plasmada en el gráfico, porque supuso una modificación muy escueta (art. 57, 61 y 62), ya que los principales cambios van dirigidos a la LO 10/1995 del Código Penal y a modificar el Código Civil. Ya en la «Exposición de motivos» de la Ley 11/2003, contextualiza esta norma dentro del I Plan de lucha contra la delincuencia, que propone actuaciones que se dirijan a fortalecer la seguridad ciudadana, a combatir la violencia doméstica y a favorecer la integración social de los extranjeros. Con esta ley se trata de dar una respuesta en el ordenamiento jurídico penal a la delincuencia profesionalizada, ya sean delitos menores pero repetidos, o delitos de mayor envergadura, valorando y combinando la cualidad y la cantidad del delito a la hora de imponerle un grado penal. La segunda cuestión que se aborda es la violencia doméstica, la cual debe evitarse a través de medidas preventivas, asistenciales y con una clara intervención social, pero sin olvidar, por otra parte, aquellas medidas legislativas que protejan a las víctimas y repriman a los maltratadores, tal y como intenta responder la articulación de esta ley. Por último, el siguiente bloque de medidas va dirigido a los extranjeros que delinquen y quedan sin encontrar respuesta penal a sus actos. Mediante esta nueva ley, se procura evitar la impunidad del extranjero reforzando el proceso de expulsión en caso de delitos con condenas inferiores a seis años y promoviendo, a partir de los seis años, un modelo mixto de prisión y expulsión. La lucha contra el tráfico ilegal de personas es un objetivo que se adhiere a estas medidas, pues el tráfico impide, obviamente, la correcta integración de los extranjeros en el país de destino. Esta ley incorpora la tipificación de un nuevo delito, antes innecesario por ser una práctica cultural ajena a nuestra sociedad y que, si bien es una práctica muy minoritaria en nuestro país, se necesitaba una regulación al respecto. Nos referimos a la mutilación genital o ablación, que puede darse en miembros de otras culturas, pero que de ningún modo debe ser aceptada. También se recoge la otra cara de estas nuevas realidades sociales, puesto que se otorga la posibilidad de separarse o divorciarse a mujeres que no encuentran este derecho recogido en su legislación nacional o, si se encuentra, está de forma discriminatoria

Con la última reforma de la Ley, en 2009<sup>326</sup> España ha adoptado un planteamiento que se aleja de la bi-direccionalidad por la que apuesta, puesto que se inclina por una integración basada no sólo en los aspectos económicos y sociales de la integración, sino también en aquellos elementos relacionados con la diversidad cultural y religiosa. Concretamente, la última reforma de la Ley de Extranjería (reforma de 2009), en su artículo 3 ter apartado segundo dicta:

“Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato. Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”.

Lo que antes era una recomendación, en la última reforma de 2009 adquiere carácter tajante. Es un ejemplo la renovación de la residencia temporal. El artículo 31.7, en tema de autorización de residencia temporal, se pronuncia de la siguiente forma:

“Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

- a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.
- b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia

---

<sup>326</sup>Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley”.

Si por un lado entonces, para la renovación de la residencia se tendrán en cuenta acontecimientos propios de las normas civiles y penales, por el otro se pedirá un informe a las entidades locales o autonómicas para la autorización por arraigo; art. 68.3:

“Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el periodo de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción socio-laborales y culturales”.

El carácter de la Ley reformada se hace aun más contundente en su disposición adicional quinta, modificación de la Ley, de 8 junio de 1957, del Registro Civil, artículo 63:

“Las autoridades competentes para la tramitación y resolución de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad por residencia, para la exclusiva finalidad de resolver la solicitud presentada por el interesado, recabarán de oficio de las Administraciones Públicas competentes cuantos informes sean necesarios para comprobar si los solicitantes reúnen los requisitos exigidos en el artículo 22 del Código Civil, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados. En cualquier caso, el interesado podrá aportar un informe emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la sociedad española”

En tema de integración social, juegan un papel importante las Comunidades

Autónomas ya que la Ley parece recoger estos indicadores solamente de manera liviana. Podemos considerar como elemento novedoso de la última reforma de la Ley la traslación en la misma de las formas de acceso laboral que hasta ahora estaban en el Reglamento de Desarrollo<sup>327</sup>. Destaca, además, el reconocimiento a los inmigrantes irregulares del derecho de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga, así como se prolonga el derecho a la educación de los hijos hasta los dieciocho años. Se extiende el derecho a la reagrupación familiar a la pareja de hecho<sup>328</sup>.

La Ley ha mejorado los aspectos concretos de la protección a las víctimas, de la trata de personas, el control de los centros de internamiento y la coordinación entre las administraciones. Se introducen derechos adicionales para aquellas mujeres que sean víctimas de violencia de género, trata de personas con independencia de su situación administrativa, se amplían las competencias autonómicas. El ejemplo más significativo atañe propio a nuestro tema de investigación: a las Comunidades Autónomas se les permite concluir acuerdos con los gobiernos de los países de origen de los menores inmigrantes no acompañados para realizar políticas que impulsen a los jóvenes a permanecer en su entorno. Art. 35.1 y 2:

“El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales

---

327En este sentido Vid. AJA E., ARANGO J., OLIVER J., “La inmigración en tiempo de crisis”, *Anuario de inmigración en España*, Barcelona: Bellaterra, 2009

328El Preámbulo de la LO2/2009 dicta: También destaca en este Título la nueva regulación que se da al derecho de reagrupación familiar; el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. Vid. arts. 17 y 18 de la reforma.



Acuerdos. 2. Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos”.

Si a todo esto añadimos la lectura del art. 35.5 notamos un verdadero y quizás aparente reconocimiento de cooperación entre las Comunidades Autónomas y los gobiernos de procedencia de los inmigrantes:

La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

Sin embargo, según parte de la doctrina, se utiliza la cooperación y la cooperación para el desarrollo como herramienta represora: “Ante las continuas denuncias de asociaciones, ONGs, instituciones en defensa de los derechos humanos nacionales e internacionales, de las prácticas de repatriación de los menores marroquíes sin las garantías estipuladas por el ordenamiento jurídico español, la administración española ha optado por utilizar la Cooperación al Desarrollo para legitimar su actuación represora y punitiva hacia estos menores. Uno de los requisitos legales para el retorno, como ya hemos indicado en varias ocasiones, es la existencia de un sistema de

protección preparado y capacitado para atender las necesidades de los menores que padecen situaciones de riesgo en su propio país. La existencia de centros de acogida en Marruecos salvaría la cláusula que impide repatriar a los menores cuando no habiendo encontrado a su familia el país de origen no garantiza la seguridad ni bienestar del menor. Pues bien, la creación de este tipo de centros en Marruecos es el nuevo objetivo estratégico de la cooperación al desarrollo del gobierno español y de las comunidades autónomas afectadas por el fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados (Andalucía, Cataluña, Madrid...)»<sup>329</sup>.

No obstante, a pesar de la reforma, hay que señalar que siguen sin abordarse problemas clave de régimen jurídico, como la situación de los expulsados que continúan en el país, los menores no acompañados o la decisión y el control judicial sobre internamientos.

El término “extranjero” es la palabra más repetida en las leyes de extranjería. La utilización de dicho término supone la confirmación de que se trata de leyes de extranjería destinadas a los extranjeros. Lo que parece obvio se transforma en necesario, a los ojos del legislador, en cuanto se quiere distinguir a los nacionales de los no nacionales con la consecuente generación de actitudes pre juiciosas en torno a la diferenciación. La diferencia jurídica no solo se queda en esta distinción dogmática sino que, a nivel práctico, incluye diferentes modelos: extranjeros comunitarios y extranjeros de terceros países, que se rigen por regímenes diferentes (régimen comunitario o general). Y este no es el único problema, de hecho, se distingue entre “extranjeros residentes”, con permiso de residencia temporal o permanentemente, de aquellos extranjeros que carecen de dicha autorización. Es destacable también como

---

329RIVAS A.M<sup>a</sup>., “Menores Extranjeros No Acompañados y la Cooperación al desarrollo”, s.a., s.e., pág. 13-14

diferentes sujetos se regulan según normas diferenciadas por su nacionalidad y en función de la situación administrativa de los ciudadanos extra comunitarios que se encuentran en diferentes niveles jerárquicos. La Ley presenta al extranjero como sujeto trabajador y, por tanto, intenta legislar dicha realidad incidiendo en una especie de metonimia entre el término “inmigración” y “extranjería”<sup>330</sup>. La residencia se convierte en una condición previa, posterior y simultánea al trabajo<sup>331</sup>.

En relación con los derechos que se reconocen en diferente grado según la situación jurídica del extranjero, aparecen, por un lado, el acceso a los derechos civiles, derechos que se encuentran garantizados por la Carta de Derechos Humanos y por la Constitución Española. Por otro lado hay que diferenciar dentro de los que son los derechos sociales, ya que se hallan aquellos que son accesibles a todos los extranjeros sin excepción<sup>332</sup> y los que se encuentran accesibles sólo si el extranjero está empadronado (sanidad o educación), o si es residente (derecho al trabajo y a la seguridad social). Por último, emergen los derechos políticos, a los que tienen acceso restringido aquellos extranjeros a los que se le aplica el régimen general<sup>333</sup>.

En definitiva, nos encontramos ante una Ley compleja que mejora notablemente a las anteriores, pero que sin embargo en su aplicación práctica sufre ciertas carencias, lo que se pone de manifiesto en particular, y en lo que a nuestro tema se refiere, en el trato de los menores inmigrantes no acompañados.

---

330En este sentido Vid. SORIANO MIRAS, M.R. “Inmigración e identidad social”, *Migraciones*, 23, 2008, págs. 117-150

331La paradoja es que si eres residente, puedes acceder a una ocupación, y si quieres ser residente, debes demostrar que tienes un contrato laboral.

332Servicios sociales y prestaciones básicas, también atención sanitaria de urgencia

333El régimen general se asigna a aquel extranjero a quien no resulta de aplicación el régimen comunitario y se le aplica con carácter principal el régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000 y sus reformas.

***II.5.A.a. LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LA LEY DE EXTRANJERÍA***

En efecto, en materia de menores de edad no acompañados, la norma de referencia es el art. 35 de la reformada Ley:

1. El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.
2. Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.
3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.
4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.
5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.
6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el

mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

8. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo.

9. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad.

10. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.

11. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos. Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela. El régimen de la tutela será el previsto en el Código

Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia.

12. Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.

Este artículo, que ya estaba presente en la versión original de la norma, aunque con un contenido mucho menos específico<sup>334</sup>, representa, por sí mismo, una verdadera legislación especial dentro de la misma Ley Orgánica. Ya hemos mencionado los apartados 1, 2 y 5, por lo tanto es indispensable destacar el conjunto de los mismos. En este sentido podemos establecer tres bloques:

- a) Cooperación y acciones directas de las entidades públicas (apartados 1, 2, 5, 11 y 12);
- b) Identificación del menor de edad y establecimiento de su edad<sup>335</sup> (apartados 3, 4 y 10);
- c) Residencia y permanencia del menor de edad (apartados 6, 7, 8 y 9).

Este sistema por “bloques” aunque mejorable bajo el punto de vista práctico, representa el recorrido legal al que se somete el menor de edad en cuando entra en España.

En este sentido, se procederá a averiguar la identidad del menor y sus

---

<sup>334</sup>Es destacable el mayor peso que se concede a las CC.AA. en materia de inmigración en la reforma de la Ley de 2009. En este sentido se les otorga competencia para establecer acuerdos con los países de origen del menor en virtud de los cuales se aseguren una adecuada protección del menor tras su repatriación (art. 35.2). Asimismo las CC.AA. asume la protección del inmigrante cuando queda acreditada su minoría de edad (art. 35.4). También las CC.AA. desarrollarán políticas orientadas a la inserción laboral de los menores cuando estos alcancen la mayoría de edad en territorio español (art. 35.9). Finalmente las CC.AA. podrán establecer convenios con ONGs, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, así como con otras CC.AA. con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los MENAs (art. 35.11 y 12).

<sup>335</sup>Sobre lo que dedicaremos parte de la presente investigación.

circunstancias personales y socio-familiares una vez haya sido trasladado a un centro de protección de menores. La finalidad de la fase de investigación<sup>336</sup> es la de proporcionar los elementos suficientes para adoptar una decisión sobre el futuro del menor de edad<sup>337</sup>.

Con respecto a la averiguación de la identidad del menor y sus circunstancias personales y socio-familiares, debemos poner en relación los apartados 5 y 10 del art. 35. El apartado 5 prevé que la Administración del Estado solicite informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática de su país. El apartado 10 (antiguo 5), por su parte, prescribe que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado “adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección”<sup>338</sup>.

Es por lo tanto la Administración del Estado la entidad pública competente en orden a la averiguación de los datos sobre el menor inmigrante necesarios para adoptar una decisión sobre su retorno o permanencia en España<sup>339</sup>.

La decisión final que se adopte con relación al menor inmigrante no acompañado deberá, como señala el art. 35.5 Ley de Extranjería tener siempre presente el interés superior del menor.

Sin embargo, la opción prioritaria, querida por el legislador, es la de

---

<sup>336</sup>Sobre esta fase de investigación y el futuro del menor inmigrante no acompañado se manifestaba la LOEX en el apartado 3 del art. 35.

<sup>337</sup>Al fin de procurar su repatriación a su país de origen o aquél donde se encuentren sus familiares, o, en su defecto, facilitar su permanencia en España.

<sup>338</sup>Vid. CABEDO MALLOL Vicente, “Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y familia”, IV Simposio Internacional de Inmigración, Valencia 9 de abril 2010, Fundación Ciudadanía y Valores, [www.funciva.org](http://www.funciva.org)

<sup>339</sup>En concreto, es la Comisaría General de Extranjería y Documentación la encargada de realizar las pesquisas tendentes a averiguar la identidad y las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante no acompañado.

devolver al menor inmigrantes a su país. La permanencia en España es una opción subsidiaria, válida sólo cuando la reagrupación familiar del menor o su puesta a disposición del Servicio de Protección de Menores de su país no sean posibles<sup>340</sup>. La norma alude al interés superior del menor en una óptica conservadora, en cuanto no parte de este interés para decidir sobre su posible repatriación, sino sobre la forma en la que esta se va a llevar a cabo. Es decir, se parte de la idea de que el interés del menor se identifica con la vuelta a su país, sin embargo, se bien este puede ser el supuesto general, lo cierto es que habría que analizar caso por caso, pues no siempre la vuelta a su país de origen será lo más conveniente para el menor inmigrante<sup>341</sup>.

Una forma de llevar a cabo esta repatriación es a través de los vínculos familiares del menor en su país de origen (que el legislador denomina impropriamente reagrupación familiar). Llegados a este punto la norma sí se refiere al interés superior del menor, que puede motivar que se efectúe la repatriación mediante la puesta a disposición del mismo ante los servicios de protección del país de que se trate. En definitiva, se tiene presente el interés del menor no acompañado pero en la medida en que éste no condiciona las directrices de la norma que parecen ir en otro sentido, esto es, con una clara preferencia por no asumir, al menos en un principio, la tutela del menor<sup>342</sup>.

En todo caso, también es cierto que la práctica pone de manifiesto como en la gran mayoría de los casos la Administración pública asume la tutela de los menores, que se quedan en territorio español<sup>343</sup>.

---

340En este sentido CABEDO MALLOL Vicente, “Inmigración y Derechos Humanos...” op. Cit.

341A modo de ejemplo, pensemos en la diferencia existente entre un menor que proceda de un país con fuertes conflictos socio-políticos frente a otro que no se halle en estas circunstancias.

342En este sentido, se potencian los acuerdos de colaboración con los países de origen para el retorno de los MINAs.

343“Es cierto que sobre temas de expulsión o devolución de extranjeros menores de edad no acompañados existen pocas resoluciones judiciales- Podemos destacar la Sentencia del Juzgado



## II.5.B EL REGLAMENTO DE DESARROLLO

A la Ley de Extranjería se acompaña el reciente Reglamento de Ejecución<sup>344</sup>. Dicha aprobación obedece a diversas causas. De un lado, teniendo en cuenta la evolución del fenómeno migratorio, pretende optimizar los principios de la política migratoria, tales como la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con la situación nacional de empleo, la integración social de las personas inmigrantes, la lucha contra la inmigración irregular y las relaciones con terceros países en materia de inmigración<sup>345</sup>. Asimismo, ofrece la posibilidad de simplificar y ordenar procedimientos complejos, mejorando su tramitación desde el punto de vista de la agilidad y seguridad jurídica. Se simplifican los requisitos y documentos acreditativos de los mismos, y se opta por una regulación más clara de la relación entre autorizaciones y visados que evite dobles comprobaciones. Se introduce la utilización de una aplicación informática común que permita la integración de las diversas fases procedimentales y su gestión por parte de las diversas Administraciones con competencia en la materia, así como una mejor relación

---

de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid, de 8 de septiembre de 2008. En este caso lo que se planteó fue la denegación de entrada de un menor no acompañado en el aeropuerto de Barajas, que se había producido en la vía administrativa, ya que se consideró que el menor de edad todavía no había entrado en territorio español y que, por lo tanto, no se le estaba expulsando, sino simplemente impidiendo que entrara. Sin embargo, el interés superior del menor, exigía que entrase en juego el mecanismo previsto para los MENAs que acceden a territorio español y que, por lo tanto, el hecho debió ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin que cupiese la denegación de entrada que se había llevado a cabo". Vid. ARMENTEROS LEÓN Miguel, "La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería", *Diario La Ley*, Nº 7679, Sección Doctrina, 22 Jul. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY

344Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

345En este sentido Vid. ACTUALIDAD JURÍDICA, "Nuevo reglamento de extranjería (RD 557/2011)", *Diario La Ley*, Nº 7622, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 4 May. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, 6694/2011

con la ciudadanía en consonancia con la normativa de acceso electrónico a los servicios públicos<sup>346</sup>.

El Título XI se dedica a los “Menores Extranjeros” y el Capítulo Tres, específicamente de los “Menores Extranjeros no Acompañados” (arts. 189-198). Del conjunto de normas nos interesa la atención del legislador a las condiciones de repatriación del menor de edad; en particular los artículos 191, 192 y 195.

Siguiendo el esquema de los artículos:

Art. 191:

*Competencia sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas.* 1. Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia. La competencia atribuida a la Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno incluirá la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento regulado en este artículo. 2. Se considerará Delegación o Subdelegación del Gobierno competente aquella en cuyo territorio se halle el domicilio del menor. El Centro directivo que inicie el procedimiento lo comunicará a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia donde esté ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, cuando su domicilio no coincida con el del menor. 3. La Delegación o Subdelegación del Gobierno solicitará, través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste. En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. De cada solicitud y actuaciones posteriores se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. 4. Sin perjuicio del informe reseñado en el apartado anterior, la Delegación o Subdelegación del Gobierno requerirá de la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda cualquier información sobre la situación del menor. Dicha información será igualmente requerida a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, así como a aquella donde está ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. 5. La solicitud de informe responderá a un modelo tipo, a elaborar conjuntamente

---

346Ibid

por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración y de Seguridad. Se solicitarán, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen. En la solicitud de informe se hará constar la necesidad de que, de decidir la representación diplomática del país de origen sustituir la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la contestación refleje expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor.

Esta norma define la competencia de la entidad pública, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, sobre el procedimiento de repatriación. Cabe destacar que es necesario identificar al menor de edad no solamente como persona sino también como individuo que vive dentro de un determinado ambiente; por eso se alude a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen<sup>347</sup>.

Sigue el art. 192 indicando el “inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado”:

1. El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. La incoación del procedimiento deberá grabarse en la aplicación informática correspondiente. En el acuerdo de iniciación se hará constar expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen. 2. El acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Asimismo, cualquier actuación o incidencia que se produzca en el curso de procedimiento será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible. Al mismo tiempo, el menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

---

347 Apartado 5, art. 191 del Reglamento

En este artículo se indica el binomio repatriación-interés superior del menor. En este sentido, el legislador propone dos posibilidades. Por un lado, el interés del menor a ser repatriados para reagruparse con su familia, por el otro el interés del menor a ser repatriado y permanecer bajo los servicios de protección de su país de origen. Entendemos como este último supuesto tiene una directa conexión con la cooperación entre estados ya que en algunos países de origen del menor no existen servicios de protección que realmente puedan amparar el menor de edad.

Finalmente el art. 195, indica la “ejecución de la repatriación”:

1. Sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen. 2. En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal. 3. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

Es destacable como la repatriación representa una verdadera respuesta institucional. Como hemos dicho, la repatriación es la primera opción cuando un menor extranjero no acompañado es detectado en España, aunque su realización práctica conlleva una serie de dificultades que hacen que en la mayoría de los casos no sea viable. La legislación establece que los menores extranjeros sólo pueden retornar a su país de origen si se reintegran a su familia o a un centro de protección estatal.

Según se ha indicado anteriormente, es la Fiscalía General del Estado la que debe contactar con los consulados y las familias de los menores de edad para que puedan ser devueltos a sus países. Tras eso, si la familia rechaza la acogida, el Fiscal tiene que denegar su repatriación. Y lo cierto es que algunas organizaciones<sup>348</sup> han denunciado casos en los que no se oye al menor o no se tienen garantías de que su repatriación se realice con garantías suficientes<sup>349</sup>.

“Un dato que cuestiona la eficacia de la repatriación es el de que la mayoría de los menores que son repatriados vuelven a intentar cruzar el Estrecho en posteriores ocasiones, poniendo de nuevo en peligro su vida. Lo que parece claro en opinión de los expertos es que la opción de la repatriación familiar sólo debe considerarse cuando existe reclamación activa por parte de la familia”<sup>350 351</sup>.

---

348SOS Racismo Marruecos y el Colectivo Al Jaima

349España, por ejemplo, llegó a un Acuerdo con Rabat en diciembre de 2003 sobre devolución de menores inmigrantes, que resultó demasiado genérico al contentarse el Gobierno español con ponerlos sin mayor compromiso en manos de las autoridades fronterizas marroquíes. Tampoco es una solución tratar a estos menores como si fueran adultos como pretendió el Fiscal General del Estado Jesús Cardenal, al ordenar a los fiscales que procedieran a la solicitud de repatriación inmediata de los extranjeros entre 16 y 18 años, que posteriormente fue derogada.

350GOENECHEA PARMISÁN Cristina, *“Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad”*, s.e., s.a.

351En tema de la repatriación sigue siendo una cuestión extremadamente actual tanto que Francisco Antonio González, Delegado del Gobierno, propone retomar justo la antigua Instrucción del Fiscal del Estado Jesús Cardenal que facilitaba el retorno de mayores de 16 años que se consideren emancipados por tener pasaporte: “(...) En los últimos ocho años Ceuta ha atendido a cerca de 6.000 menores extranjeros no acompañados procedentes de Marruecos. Junto con el dato de los 4 millones de euro que cuesta esta atención cada año, es una cifra “lo suficientemente alta como para tomarse muy en serio el tema”. Esta es la opinión del delegado de Gobierno, Francisco Antonio González, quien en breve, llevará a Madrid su propuesta de recuperar una instrucción del Fiscal General del Estado que, en época del Gobierno de José Aznar consideraba a los menores extranjeros no acompañados de entre 16 y 18 años que tuvieran permiso de viaje como emancipados y facilitaba por tanto su retorno a su país de origen (...) En estos casos la tutela no correspondería a las autoridades españolas y al tener la consideración de emancipados podrían ser devueltos a Marruecos mediante procedimientos acordes con la legislación española vigente. En base a ello, “dentro de las posibilidades legales y teniendo en cuenta que en los últimos años ha habido modificaciones de convenios internacionales que afectan al menor”, la Delegación pretende estudiar si existe la posibilidad de que se dicte una instrucción técnica de la Fiscalía General que recoja esta peculiaridad con

Como conclusión, tampoco el Reglamento de desarrollo ofrece una solución convincente sobre los problemas reales que plantea la repatriación de los menores de edad, en los casos en que así suceda. La norma debería mirar más allá del mero dato normativo; es cierto que los menores inmigrantes tienen más necesidades de las que contempla la ley, necesidades que se materializan una vez que estos son repatriados, y que pueden suponer un riesgo a su integridad.

### **Capítulo III**

## **EXIGENCIAS JURÍDICAS DEL MENOR DE EDAD INMIGRANTE NO ACOMPAÑADO**

**III.1** La autorización de residencia del menor inmigrante

**III.2.** El interés superior del niño

**III.3.** Menores de edad víctimas de trata y menores de edad inmigrantes objeto de tráfico ilegal de personas

**III.4.** La determinación de la edad, III.4.A. El atlas comparativo, III.4.B. La relación entre la acción del Ministerio Fiscal y el sometimiento a las pruebas médicas de los menores de edad inmigrantes no acompañados

**III.5.** Cuestiones acerca de la integración de los menores inmigrantes no acompañados, III.5.A. La protección de los menores inmigrantes no acompañados en Andalucía

En esta parte de la Tesis abordaremos principalmente cuatro temas relacionados con la condición del menor de edad inmigrante no acompañado y sus repercusiones jurídicas. En particular nos dedicaremos a estudiar el fenómeno de los MINAs una vez que se hallan en el territorio español, teniendo la obligación de investigar cual es el interés superior del menor; así como la labor de las autoridades competentes en el caso que tengan dudas sobre la condición personal que los MINAs declaran tener. Es el caso de la determinación de la edad. La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del

Estado: “en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes (...)”, es decir, se duda de la edad del menor y entonces se somete a pruebas de diagnóstico para establecer, aunque con diferentes problemas, cual es su edad. Resulta jurídicamente importante porque entendemos que si la persona resulta menor de edad, se le aplica la LOPJM (LO 1/1996), en caso contrario se le aplica la Ley de Extranjería.

### **III.1. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DEL MENOR DE EDAD INMIGRANTE**

Desde la perspectiva jurídico-legal, se ha de destacar que se considera regular o “legal” la residencia de los menores de edad que se encuentren bajo la tutela de la Administración pública; esta como hemos visto en el párrafo anterior, está obligada a instar la concesión de un permiso de residencia. Es además importante señalar, en este mismo sentido, la necesaria cooperación y colaboración entre autoridades locales y autonómicas para que tal procedimiento pueda normalizarse y desarrollarse de manera fluida y funcional<sup>352</sup>.

La misma LOPJM, art. 10.4, impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores de edad extranjeros sometidos a su guarda o tutela la

---

352AGUADO I CUDOLÀ V., “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, 2002, Fundación Democrática y Gobierno Local, págs. 12 y 13: “Un problema, que tiene una especial relevancia, es que todavía no existe una fluidez suficiente en el uso de las posibilidades de colaboración interadministrativa en el ámbito de las administraciones públicas, lo cual se traduce en una descoordinación que constituye una fuente constante de problemas”.



documentación acreditativa de su situación<sup>353</sup>.

Ahora bien, en caso de inactividad, el menor tendría la posibilidad de acudir ante el organismo competente y solicitar entonces la autorización de residencia sobre la base del tiempo que ha residido en España bajo la tutela de la Administración pública sin ser documentado. Para obtener esa autorización de residencia, el menor deberá fundamentar lo que expone adjuntando una serie de documentos, entre los que debe figurar la declaración de desamparo o los expedientes de los centros de protección, que habrán de ser previamente solicitados<sup>354</sup>.

La actual LOEX sigue manteniendo la obligación de documentación de los menores de edad extranjeros, reiterando que se trata de regular su residencia cuando son tutelados por una entidad pública española. Por otro lado, existe una causa que impide, al comenzar este proceso, la documentación del menor de edad. El problema arraiga en que los servicios consulares del país de origen del menor no responden a la solicitud de documentación, o bien, responden a la petición requiriendo al menor ciertos documentos que éste debe aportar previamente: una partida de nacimiento original y legalizada, certificado de antecedentes penales, o libro de familia, documentos de los que carecen la mayor parte de estos menores<sup>355</sup>.

Es indispensable, en esta sede, recordar como el art. 35.7 de la LOEX retrotrae la autorización de residencia y por supuesto sus efectos, al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de

---

353Art. 10.4 LOPJM: “Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

354GARCIA VÁZQUEZ Sonia, “El régimen jurídico de los menores inmigrantes”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 8, 2004, pág. 441

355Vid. GARCIA VÁZQUEZ S., “El régimen jurídico de los menores....”, op.cit. pág. 442

protección de menores<sup>356</sup>. Sin embargo, el art. 196.1 del Reglamento de Ejecución de la LOEX<sup>357</sup>, en materia de autorización de residencia, introduce lo que parece un dato temporal determinado ya que declara: “transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia”. Lo que permite que las entidades públicas que se ocupan de la tutela de los menores de edad no otorguen la pertinente autorización de residencia antes de los nueve meses a lo que hace referencia el Reglamento de Ejecución de la LOEX. De la misma manera, las entidades esperaran el tiempo necesario para que resulte acreditada la imposibilidad de retorno con sus familiares del menor de edad<sup>358</sup>.

Una vez obtenida la autorización de residencia temporal parecen terminar los problemas, aunque se trata de una mera sensación ya que el asunto vuelve a interesar cuando el menor cumple los 18 años. Teniendo en cuenta que las CC.AA. tienen competencia para realizar programas especiales para menores acogidos que han cumplido la mayoría de edad<sup>359</sup>, sólo a aquéllos incluidos en

---

356Destaca, en este sentido, la dimensión integradora de la disposición ya que lo que la norma intenta lograr es la integración del menor de edad en sociedad de acogida.

357Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

358Esto en beneficio del interés superior del niño.

359En este sentido cabe señalar el caso de Andalucía: LaLey 1/1998 de 22 de Abril de los Derechos y la Atención al Menor, establece en su art. 37.2 que "al menos, durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Junta de Andalucía efectuará un seguimiento de aquéllos al objeto de comprobar que su integración socio-laboral sea correcta, aplicando la ayuda técnica necesaria", y en su art. 19.1.f) que "se potenciará el desarrollo de programas de formación profesional e inserción laboral de los menores sometidos a medidas de protección, con el fin de facilitar su plena autonomía e integración social al llegar a su mayoría de edad". Con este propósito se desarrolla el Programa de Mayoría de Edad para jóvenes que son o han sido tutelados y tuteladas (P+18), el cual parte de las necesidades individuales detectadas en este grupo de personas, que, al cumplir los 18 años, son consideradas por la legislación vigente como sujetos que ya han alcanzado la madurez y, por tanto, con plena capacidad para vivir de forma autónoma. Se trata de permitirles enfrentarse a su nueva situación de autonomía e independencia con unas mínimas garantías

tales programas se les permite permanecer en España. Por el contrario, a las personas que no cumplen tales requisitos se le aplica la Ley 4/2000 de 11 de enero con la posibilidad de su propia repatriación.

Es cierto que el Reglamento de desarrollo de la LOEX se expresa en el sentido indicado, aunque detectamos una serie de elementos que bajo nuestro punto de vista tienden a obstaculizar el propio procedimiento<sup>360</sup>. Los requisitos

---

para su plena integración socio-laboral.

Fuente:

[www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia\\_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html)

<sup>360</sup>Artículo 197. *Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.* 1. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida en base al artículo anterior, su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. 2. La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades: a) La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. b) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. 3. Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección. b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado. c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes. d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española. e) La continuidad en los estudios. f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo. g) La participación en itinerarios de formación. 4. La vigencia de la autorización renovada será de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. 5. En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero. 6. En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

entonces generales que el menor de edad tiene que tener para que se le otorgue la residencia una vez cumplidos los dieciocho años son: 1) estar bajo los servicios de protección, y 2) que acredite medios económicos y de integración. Es cierto que la norma indica elementos concretos muy especiales y difíciles que el menor de edad tiene que reunir. En este sentido parece quedar al margen el principio según el cual los menores extranjeros son iguales a los nacionales<sup>361</sup>.

A la luz de esto tenemos la obligación de señalar que son pocos los menores extranjeros a los que, una vez alcanzada la mayoría de edad, se les conceden permisos de trabajo y residencia y menos aún aquellos a los que se les otorgue la nacionalidad española. En realidad esta afirmación parece encontrar su eje contrario en el mismo Código Civil español: arts. 20.1a y 22.2c CC. En el primer caso (adquisición por opción): “Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español”. Acabamos de describir como el MINA queda sujeto a la patria potestad de una entidad pública autonómica española que utilizando el principio de “deducción jurídica”, encaja en la frase “potestad de un español”<sup>362</sup>. En el segundo caso, el legislador parece reiterar quizás más la misma posibilidad: para adquirir la nacionalidad española “bastará el tiempo de residencia de un año para quien “haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud”. Según la LOEX el menor inmigrante debería obtener un permiso de

---

<sup>361</sup>Vid. el sentido de la LOPJM

<sup>362</sup>En este sentido entre otros Vid. PARRA LUCÁN M.A., “La Nacionalidad” en PABLO CONTRERAS P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., PÉREZ ÁLVAREZ M.A., PARRA LUCÁN M.A., “*Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*”, Cap. XVII, Colex, 2008

residencia desde el primer día y, en todo caso, si éste fuera otorgado después de los nueve meses, como apunta el Reglamento de Ejecución de la LOEX, dicho plazo sería retroactivo.

En todo esto hay que destacar que es bastante escasa la relación normativa entre la autorización de residencia y el otorgamiento de la nacionalidad española a los menores de edad. Si el plazo normal para adquirir la nacionalidad española es 10 años es verdad que existen excepciones<sup>363</sup> para los menores. En particular, 5 años para la concesión de la nacionalidad española a aquellas personas que hayan obtenido la condición de refugiado, 2 años para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o personas de origen sefardí, y 1 año, como hemos dicho, para el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud. Entendemos que esta última hipótesis se refiere expresamente a los menores extranjeros admitidos en el sistema de protección de las diferentes Comunidades Autónomas.

Si por un lado, entonces, existe una orientación positiva, reduciendo los plazos, por el otro es también verdad que estas personas deberán acreditar una serie inflexible de requisitos<sup>364</sup>, lo que genera una reducción de la posibilidad

---

363“Excepciones de las que nunca se informa a los menores”. Vid.

<http://menoressolos.blogspot.com.es/2009/05/sobre-el-derecho-la-nacionalidad.html>

364En primer lugar acreditar buena conducta cívica, y suficiente grado de integración en la sociedad española. Además deberán entregar: Tarjeta de residencia o certificado de la inscripción en el Registro de Extranjeros, en caso de ser nacional de los países de la Unión Europea o de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Pasaporte, Certificado de empadronamiento, en su caso. Certificado de nacimiento del interesado debidamente legalizado o apostillado y traducido, en su caso. Certificado de antecedentes penales del país de origen debidamente legalizado o apostillado y traducido, en su caso, o certificado consular de buena conducta. Ni el certificado de antecedentes penales ni el consular de buena conducta será necesario si se solicita la nacionalidad para menores de edad.

de obtener la nacionalidad.

---

Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España. El certificado de antecedentes penales expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes, ya no ha de ser aportado por el interesado. La Dirección General de los Registros y del Notariado está autorizada, tras la reforma de la Ley de Registro Civil a recabarlo de oficio, sin necesidad de consentimiento del interesado. Otros documentos que quiera aportar el interesado, o que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el expediente. Otros documentos que le soliciten en el Registro Civil.

### III.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

“Yo quería llamarme Batman y además ser suizo para comer chocolate todo el día”<sup>365</sup>. El interés superior del niño es exactamente lo contrario, es decir, no es lo que el niño desea<sup>366</sup>. “La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”<sup>367</sup>.

En principio, parece un concepto indeterminado, solamente profundizando los elementos que lo componen, podemos notar su real portada jurídica. En la actualidad, se trata de un principio acogido expresamente por el Derecho positivo con el más alto rango y, por tanto, una norma de obligado cumplimiento por los sujetos públicos y privados<sup>368</sup>. Siguiendo la idea de la Profesora Ángeles de Palma del Teso, el interés superior del menor, si se

---

365Frase de una viñeta de Mafalda. En la viñeta se ven tres niños haciendo los deberes; uno de ellos se levanta y entre el grito y el llanto dice: “yo quería llamarme Batman y además ser Suizo para comer chocolate todo el día”.

366En esta misma línea, entre otros, se declara FÁBREGA RUIZ C.F., “*Menores marroquíes no acompañados: una perspectiva desde el Ministerio Fiscal*” en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á., JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (Coord.), “*Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005, pág. 189. “El interés del menor no puede identificarse con un mundo feliz en el que el Estado se ocupa de la crianza de los menores para hacerlos buenos súbditos el día de mañana”.

367Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, 2005

368Vid. PALMA DEL TESO Ángeles, “*Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*”, Inap, 2006, pág. 115

considera como concepto jurídico indeterminado, y como todos los conceptos jurídicos indeterminados, comprende lo que podemos llamar un núcleo fijo, una zona de certeza negativa y una zona de incertidumbre, por lo que deberíamos considerar el interés superior del menor en cada una de estas zonas<sup>369</sup>.

Queriendo simplificar la tarea, creemos oportuno tener presente, como punto de partida, que el menor de edad es un sujeto de derecho en sentido pleno, con lo que el ordenamiento jurídico, nacional e internacional, tiene la obligación de reconocerle los derechos fundamentales y ampararlo contra eventuales injerencias exteriores. Dicho de otra manera, las decisiones o las normas de la Administración Pública o del Estado, no tienen que afectar negativamente los derechos fundamentales de la persona así como su libertad personal. Entendemos como el interés superior del menor se alcance cuando el balance entre la situación real y personal del menor de edad y las normas de protección del menor como persona se encuentra en perfecto equilibrio.

Para que esto resulte posible, volvemos a los elementos introducidos por parte del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 6 de 2005. Es necesaria, entonces, una investigación puntual y previa de la condición de aquel menor de edad en concreto. Investigación y evaluación que deben determinar “su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. Una vez aclarados estos puntos, se procederá a realizar un balance entre los resultados obtenidos y el aparato jurídico-normativo aplicables al menor de edad desamparado.

Vista la situación personal del menor de edad, las normas que se le aplican

---

<sup>369</sup>*ibid*



no deben vulnerar sus derechos fundamentales y su propia libertad personal y, siguiendo la Convención de los Derechos del Niño, no deben vulnerar su derecho a la intimidad, al honor etc.. Todo esto, concretamente, resulta indispensable a la hora de decidir acerca de una eventual repatriación del menor de edad no acompañado. Muchos pueden ser los casos. Como ejemplo “extremo” pensemos en el caso de un menor de edad que llega a España procedente de un país que utiliza niños soldados<sup>370</sup>. En esta ocasión concreta, el interés superior del niño será el de quedarse en el territorio español. Su eventual repatriación pondría en peligro el derecho fundamental a la vida que cada ser humano tiene reconocido.

Si la Administración Pública decide que el niño se queda, se realiza el equilibrio perfecto entre la condición personal del niño y la aplicación de las normas de protección, lo que traducido significa lograr el interés superior del niño<sup>371</sup>. Es importante destacar que ésta representa solamente la primera parte del trabajo que todos los actores tienen que desarrollar. No olvidemos que estamos hablando de personas en edad evolutiva, por tanto, el mismo interés superior del niño se queda afectado por los cambios evolutivos del menor de edad. El elemento siguiente, entonces, es el seguimiento del menor de edad y por supuesto de su propio interés superior. En fin, se puede decir, como afirma Jean Zermatten “que la noción del interés del niño es una noción que tiene dos funciones clásicas; la de controlar y la de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución): a) criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones

---

<sup>370</sup>En este contexto estaremos frente a un supuesto para reconocer el estado de refugiado.

<sup>371</sup>Para un cuadro más completo, entre otros Vid. GARCÍA GUTIÉRREZ J. “Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño”, en VICENTE GIMÉNEZ T., HERNÁNDEZ PEDREÑO M. (Coord.), “Los derechos de los niños, responsabilidad de todos”, Universidad de Murcia, 2007, pág. 173.

respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernido por este aspecto de control; b) criterio de solución: en el sentido de que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que han de tomar decisiones sobre los niños y adopten una buena solución. Ésta es la que será elegida puesto que es en el interés del niño. Es la pasarela indispensable entre el Derecho y la realidad psicológica”<sup>372</sup>.

A nivel nacional, el concepto de “interés del menor” encuentra un cierto consenso ya sea desde el punto de vista doctrinal, que legal y jurisprudencial<sup>373</sup>, así como a nivel internacional<sup>374</sup>. Compartimos, por lo tanto, la idea del Prof. Benito Aláez Corral según el cual “este concepto jurídico indeterminado se ha identificado en muchas ocasiones con la heteroprotección, pero desde un punto de vista constitucional únicamente puede reflejar auto y heteroprotección al mismo tiempo. Un interés que, como pone de relieve la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción penal de menores, no ha de descuidar ni la heteroprotección ni la autoprotección del menor, pena vicio de inconstitucionalidad por desconocer bien el mandato de protección del menor, bien su condición de persona cuya dignidad se basa en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a sus derechos

---

372ZERMATTEN J., “*El interés superior del niño. Del Análisis literal al alcance filosófico*”, en Informe de Trabajo 3-2003, Institut International des droits de l'enfant

373Entre otras disposiciones legales, Vid. la LOPJM, en su “Exposición de motivos” y el contenido del art. 2 “*interés superior del menor*”. Entre la jurisprudencia, Vid. STC 141/2000, de 29 de mayo; la STS de 18 de junio de 1998; la STS de 24 de abril de 2000.

374Vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso Bronda contra Italia de 9 de junio de 1998).

fundamentales”<sup>375</sup>.

Ahora bien, utilizando una terminología más directa, el interés del menor tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor a través de la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir<sup>376</sup>. ¿Porque, entonces, es esencial respetar el interés superior del menor? No es solamente uno de los elementos para lograr la protección de dicho sujeto, sino, más bien, tal logro conlleva el reconocimiento del derecho fundamental, consagrado también en el art. 10 de la CE, de la dignidad de la persona (y dignidad humana), y su libre desarrollo, que, de hecho, podemos definir como la libertad y autonomía personal<sup>377</sup>. Puesto que la libertad es el derecho inviolable que cada persona tiene de realizar acciones y pensar con plena autonomía sin atentar a la libertad del otro y a las leyes pre-constituidas; entendemos entonces como la dignidad humana, compuesta por la autonomía y la libertad personal, represente “el valor portante de los Derechos Humanos”<sup>378</sup>. Acatar y amparar el interés superior del niño significa reconocer los fundamentos de los Derechos Humanos.

Los criterios hasta aquí tratados aparecen fundamentales a la hora de plantear el problema de la repatriación de los menores. Notoriamente, el punto de partida es el art. 35.5 de la LOEX tras la reforma LO 2/2009 de 11 de diciembre, ya citado aunque en otro contexto, gracias al cual se detecta un avance significativo. Intentamos hacer una lectura comparativa:

---

375ALÁEZ CORRAL Benito, “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, otoño-invierno págs. 203-204

376TORRES PEREA J.M., “*Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*”, Iustel, 2009, pág. 22

377En este sentido Vid. *Revista de la Facultad de Derecho* n. 58, Ucab, Venezuela, pág. 259

378En este sentido Vid: OCCHIPINTI A., “*Tutela della vita e dignità umana*”, Capítulo I, Utet Giuridica, 2008

Art. 35.3 (pre reforma): “la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

Art. 35.5 (post reforma): “la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.

Se nota como en el primer caso, el Estado pone de releve el principio de reagrupación familiar, es decir, antes que todo, el menor de edad, por su personal desarrollo, tiene que vivir con sus padres, por lo que todas las actividades están dirigidas hacia esta posibilidad sin, por cierto, mencionar directamente el interés del menor.

Las cosas cambian con la introducción del art. 35.5 reformado: ahora es necesaria la previa cooperación entre el Estado y la representación diplomática del país de origen así como la previa investigación acerca del interés del niño que ya se considera como un verdadero sujeto de derecho tanto que el Estado se compromete en escucharlo y comprenderlo. Parece una mejora notable, sobre todo porque resultan más limitadas las repatriaciones. Es verdad también que esto genera una doble visión del problema: por un lado hay la percepción de las CC.AA.: “en la actualidad, según los datos obtenidos, las CC.AA. de Andalucía, País Vasco y Navarra no repatrian a ningún menor y en Cataluña,

en 2007, hubo tres, dos de las cuales eran expedientes procedentes de 2006”<sup>379</sup>.

Por otra parte, los operadores, las OGNs, lamentan que las limitadas repatriaciones son la consecuencias de la falta de una verdadera cooperación entre los actores predeterminados por la norma<sup>380</sup> con lo cual no parece haber cambiado el ánimo hacia las repatriaciones. A pesar de esto, estimamos positivamente la introducción, en la norma nacional de extranjería, del interés superior de niño, uno de los principios bases de la CDN de 1989. Claro está, y para generar más debate, ¿hasta que punto se tiene en cuenta la opinión del menor a la hora de decidir sobre su repatriación? Los mismos problemas entre CC.AA. y operadores de la materia poco antes mencionados, se reproducen en este asunto.

---

379LÁZARO GONZALÉZ I.A., MOROY ARAMBARRI B., “*Los menores extranjeros no acompañados*”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2010, pág. 28

380En este sentido: Save The Children, Mensajeros de la Paz.

### III.3. MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE TRATA Y MENORES DE EDAD INMIGRANTES OBJETO DE TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS

No podemos ignorar el fenómeno de la inmigración de niños, niñas y el consecuente problema de género que afecta a este colectivo doblemente marginado por ser colectivo inmigrante y colectivo femenino al mismo tiempo<sup>381</sup>. En este sentido para los varones, el traslado desde su país de origen hacia Europa encuentra en muchos casos razones económicas, en el caso de las niñas, por el contrario, son víctimas de trata<sup>382</sup>.

Aun más, en muchos casos, las niñas no eligen enfrentarse al viaje solas, sino al revés, están obligadas a dejar su propio país bajo la promesa de un futuro mejor o más bien la amenaza de daño o muerte para ella o sus familiares. Resulta entonces esencial una premisa que realmente nos pueda ayudar a comprender qué significa trata y quienes son las víctimas.

La trata fue primeramente definida en el Derecho internacional a través de un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,

---

381“Entendemos por género la institucionalización de la diferencia sexual, o sea, el entramado socio cultural que se teje sobre la diferencia sexual. Trabajar con la perspectiva de género nos permitirá ver cómo cada sociedad asigna distintos derechos, funciones y posibilidades a los seres humanos según sean percibidos, en su nacimiento, como portando genitales masculinos o femeninos. Por el hecho de ser percibida como mujer, un ser humano tendrá asignada determinadas tareas en el hogar y en la sociedad. Si nace con genitales masculinos, las funciones, vestimenta, modo de caminar y comportarse serán otros. En la mayoría de las culturas, nacer con genitales femeninos significaría también obstáculos adicionales para acceder a puestos públicos; al manejo de la economía, así como restricciones y o peligros diferentes para circular por el mundo público”. CHIAROTTI BOERO S., “Aportes al Derecho desde la Teoría de Género”, en *Revista Miradas*, Universidad de los Andes, vol. 6, núm.1, 2006, págs. 6-23.

382Queremos subrayar que también los varones menores de edad son objeto de trata, pero dentro del contexto de los menores de edad inmigrantes no acompañados y haciendo un balance entre varones y niñas que encajan dentro del mismo colectivo; las niñas son afectadas por la criminalidad organizada que tiene como único propósito lo de lograr una verdadera trata con fines de prostitución. Los varones, llegan, impulsados por supuesto por la criminalidad organizada, atraídos por fáciles ganancias y trabajo.

especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional; documento conocido como el “Protocolo de Palermo” o el “Protocolo de la Trata”. En el artículo 3 se encuentra la definición más ampliamente apoyada de la trata de personas y que proporciona una base esencial para la reforma de las leyes nacionales<sup>383</sup>.

“La definición internacional cubre una amplia gama de actividades encadenadas en un proceso. La captación se realiza en el lugar de residencia de las víctimas, que frecuentemente es también su lugar de origen...La captación se refiere al enganche o reclutamiento, es decir, el primer contacto que las víctimas tienen con la red de trata, a través del reclutador”<sup>384</sup>. Es absolutamente necesario destacar que la trata de seres humanos es un delito grave que muchos gobiernos y otros actores intentan solucionar en todo el mundo.

---

383Art. 3: Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años. Vid. ACNUR, “*Contra la trata de niños, niñas y adolescentes*”, Manual para Parlamentarios núm. 9 2005, pág. 11

384TORRES FALCÓN M., “*Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata*”, Centro de Estudios para el Adelanto de las mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, Gobierno de México LXI Legislatura, 2010, pág. 31. Si bien algunas de las personas que son atraídas por los anuncios tienen una idea aproximada del trabajo que van a realizar, las perspectivas son más glamorosas y atractivas cuando aparecen en los anuncios y no se condicen con la realidad que encuentran las mujeres al llegar a destino. Cuando se enfrentan a la situación y se resisten a aceptar su nuevo trabajo, son presionadas y forzadas.

El concepto de trata es distinto al de tráfico de migrantes y de migración personal, porque la víctima de la trata de personas será explotada por las personas involucradas en manejar su traspaso de un lugar a otro. Ser explotada significa que alguien que no es la víctima se lucra con tal situación. En algunos ordenamientos jurídicos la mera explotación es suficiente para que el caso sea tipificado como trata de personas. Sin embargo, en la práctica, puede ser difícil distinguir el tráfico y la migración ilegal de la trata de personas, porque en ocasiones ocurre que una persona comienza el viaje como emigrante y terminar siendo víctima de la trata de personas<sup>385</sup>.

“Tanto el tráfico ilícito de migrantes como la trata de personas entrañan el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto al tráfico ilícito: una forma de captación indebida, por ejemplo, con coacción, engaño o abuso de poder; y un propósito de explotación, aunque finalmente no se cumpla. En suma, en el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados u otras formas de abuso; mientras que en el caso del tráfico ilícito, el precio pagado por el inmigrante irregular es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino”<sup>386</sup>.

Siguiendo y compartiendo el razonamiento de Marta Torres Falcón, vale la pena destacar los mecanismos de enganche, que especialmente se concretan en

---

385Vid. ECPAT EUROPE LAW ENFORCEMENT GROUP, “*Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales, Preguntas y respuestas*”, Ecpat International, 2006, pág. 6

386GARCÍA VÁZQUEZ Sonia, “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea. La desprotección de las víctimas”, *ReDCE*, núm. 10, Julio-diciembre 2008, pág. 233.



promesas laborales, oportunidades de cambiar vida, seducción sentimental y rapto, que luego se traducen en traslado y explotación<sup>387</sup>. Otra vez traemos a colación la diferencia entre trata y tráfico de personas<sup>388</sup> aunque, sobre todo en los métodos de captación, se manifiestan algunos supuestos muy parecidos que impulsan el viaje del inmigrante.

A pesar de tratarse de conceptos distintos, sí es cierto que existe una estrecha relación entre ambos, que tiene lugar fundamentalmente cuando la persona emigrante termina en una situación de trata, o sea, es explotada<sup>389</sup> a lo

---

387TORRES FALCÓN M., “Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de...” op. cit, pág. 46 y ss.

388Los términos “trata de seres humanos” y “tráfico de migrantes” han sido usados como sinónimos pero se refieren a conceptos diferentes. El objetivo de la trata es la explotación de la persona, en cambio el fin del tráfico es la entrada ilegal de migrantes. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo, mientras que éste es un elemento necesario para la comisión del tráfico. La trata consiste en utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona. Para que la explotación se haga efectiva los tratantes deben recurrir a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas. Los medios para llevar a cabo estas acciones son la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Además se considera trata de personas la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos. Vid. <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-trafico-de-personas/>

389Podemos considerar por lo menos dos vertientes: la explotación sexual: “(...) en muchos países, todos los días reclutan mujeres jóvenes y adolescentes para alimentar el comercio sexual. Todos los días se llevan a cabo traslados de nuevas víctimas, sea dentro del territorio nacional o cruzando fronteras. (...) se ofrece un panorama general de la trata de personas con fines de explotación sexual: las desigualdades sociales y económicas que producen una gran vulnerabilidad, los mecanismos de captación, el traslado y finalmente la explotación.” En este sentido Vid. TORRES FALCÓN Marta, “Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos”, *Nova et Véttera*, Vol. 20, N°. 64, 2011, pág. 158. En este mismo sentido: NIETO Rocío, “Derechos Humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual”, *Temas para el debate*, núm. 191 (octubre), 2010 (Copia dedicada a: Los derechos humanos hoy), págs. 43-46. Explotación laboral: “Un factor que ahora mismo está acentuando la explotación de los trabajadores en situación irregular es, como hemos podido apreciar en los últimos tiempos, la crisis económica. La situación del inmigrante sin papeles le lleva a aceptar empleos que no cumplen ni las condiciones mínimas de seguridad, que se desarrollan en horarios extremos, en lugares insalubres, por los que se paga una miseria y bajo la constante amenaza de la denuncia por parte de sus empleadores. En este sentido, los explotadores se han podido aprovechar de su situación de vulnerabilidad, privando de todo derecho a los trabajadores. Y

largo de su proceso migratorio, ya sea durante el tránsito o en el lugar de destino. Pero se ha de advertir, no obstante, que esto puede ocurrir tanto en los casos en que las personas se desplazan por medios ilegales como cuando éstos son legales. Por consiguiente, la migración irregular no es un prerequisite para la configuración del delito de trata<sup>390</sup>.

Según el informe sobre la Trata de Personas de 2009<sup>391</sup> (Trafficking in Persons Report) del Departamento de Estado de Estados Unidos se calcula que unos 12,3 millones de adultos, niños y niñas padecen condiciones de trabajo forzoso y servidumbre sexual con fines comerciales. Se estima, además, que por lo menos 1,39 millones de esas personas son víctimas de servidumbre sexual con fines especulativos, en el ámbito transnacional y dentro de los países. Además de tratarse de uno de los “negocios” más lucrativos tras el tráfico de drogas y de armas, en él subyace un importante componente de género, ya que afecta en mayor medida a mujeres y niñas<sup>392</sup>.

Queda claro como a la hora de abordar el tema de la trata de niñas no podemos olvidar que este problema no afecta solamente a las niñas sino a todo el género femenino y no solamente español sino internacional: “sólo en España, los datos facilitados por los centros de acogida y protección sostenidos por instituciones de la Iglesia Católica muestran que la mayoría de las mujeres

---

muchos lo tienen perfectamente calculado: las inspecciones de trabajo son comunes en España, es algo de lo que la administración está profundamente concienciada. Por eso, las personas que contratan inmigrantes en situación irregular, saben lo que tienen que hacer para evadir las sanciones. Normalmente, “esconden” a los sin papeles. Ellos nunca trabajan de cara al público. Se dice también que suelen estar avisados de las posibles inspecciones que puedan realizar en sus empresas. La necesidad del inmigrante y la falta de escrúpulos de los explotadores, recrean una combinación peligrosa e injusta. Entre otros Vid. CORVO Laura, “Explotación laboral de inmigrantes” en línea [www.ceid.edu.ar/.../laura\\_corvo\\_explotacion\\_laboral\\_de\\_inmigrante](http://www.ceid.edu.ar/.../laura_corvo_explotacion_laboral_de_inmigrante)

390En este sentido Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, SAVE THE CHILDREN, “Guía de intervención psicosocial para la asistencia directa con personas víctimas de trata”, México, 2007, pág 29

391<http://www.america.gov/st/hr-spanish/2009/July/20090721152648pii0.0993616.html>

392Datos ofrecidos por Save The Children en la jornada “Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata” del día 3 de marzo 2011 en Motril, Granada, España.

objeto de tráfico ilegal provienen de América Latina (Colombia, Brasil, República Dominicana, Ecuador), y el resto tiene su origen en Europa del Este (Rusia, Lituania, Croacia). Esta información es coincidente con los datos entregados por la Dirección General de la Guardia Civil, en los que se cita a América Latina como lugar de procedencia del 70% de las víctimas de la trata de mujeres”<sup>393</sup>.

Creemos absolutamente importante estar siempre alerta acerca de dos temas que, por algunas características comunes, tienen el riesgo de combinarse. El peligro es que la trata de personas, en nuestra investigación de niñas, niños y adolescentes, se haga pasar por tráfico ilícito de migrantes. Entendemos que resulta fundamental la labor de identificación de las víctimas: en el primer supuesto, víctimas de trata, se verifica una explotación, entonces hay vulneración de los principales Derechos Humanos, mientras que si consideramos la entrada ilícita de una persona en un determinado país, estamos frente a una ayuda ilícita e ilegal que otra persona ofrece (previo pago), al emigrante. Esto conlleva la diferente aplicación de medidas protectoras de las víctimas.

Es cierto que el Código penal español ha introducido una norma realmente concreta que cuanto menos aclara la posición del Estado español frente a este problema y también frente a la relación entre los dos supuestos. El art. 318.2 bis CPE<sup>394</sup> nos recuerda que el tráfico ilegal de migrantes puede esconder el tráfico por fines de explotación de personas: “si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán

---

393CHIAROTTI BOERO S., “*La trata de mujeres: sus conexiones y .....*”, op. cit. pág. 8

394Artículo del Código Penal Español introducido por LO 11/2003 de 29 de septiembre (salvo su primer apartado que fue introducido por LO13/2007 de 19 de noviembre), “medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”.

castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión”<sup>395</sup>.

Concordamos sobre la dificultad de poder considerar la inmigración de los menores de edad no acompañados como víctimas de trata, aunque, es posible que, por lo menos, nos suscite alguna duda. Se ha de tener en cuenta que en la mayoría de los casos los niños y las niñas que llegan a España, después de un verdadero proceso migratorio, han tenido que pagar su recorrido a las mafias y a los traficantes. Bien mirado, podemos afirmar que los traficantes sacan provecho de la persona y de sus sentimientos. Y no cabe duda que esta es una forma de explotación, con lo cual ya tenemos uno de los elementos que caracterizan la trata de seres humanos. A eso podemos añadir la mayor vulnerabilidad de los niños y niñas que, por cierto, resultan mucho más impresionables que los adultos. Es decir, la clave está en partir de un concepto amplio de explotación, pues parece que la explotación es “únicamente” la pauta siguiente a la captación, en otras palabras, el traficante capta su víctima con la intención de explotarla, lo que no siempre se manifiesta en la práctica. En el caso de los menores de edad, el mero hecho de captar un sujeto vulnerable como el menor, aceptar o favorecer el traslado ¿no se traduce ya en explotación? ¿Es realmente necesario matizar sobre el hecho de que el menor de edad asuma o no su traslado?

En los últimos años se ha desarrollado un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente, en el ámbito de protección de los grupos más vulnerables<sup>396</sup>. En el ámbito de la lucha contra la trata de personas y el

---

<sup>395</sup>Para una visión más completa Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

<sup>396</sup>Mujeres, trabajadores, trabajadores inmigrantes y niños. Tales grupos vulnerables, en muchos casos, son víctimas de la delincuencia organizada transnacional, y padeciendo execrables delitos de explotación sexual y/o laboral. En el Derecho Penal Internacional, la Comunidad Internacional ha logrado desarrollar la Convención de Palermo y sus Protocolos para luchar contra las actividades de los grupos delictivos organizados.

tráfico ilícito de migrantes, respectivamente, son el Primer y el Segundo Protocolo los que inciden directamente en el objetivo de erradicar tales delitos. Además, en el Derecho Europeo, también ha habido importantes desarrollos normativos implementados por la Unión Europea en su objetivo de erradicar tales delitos de violación de los Derechos Humanos. Tras esto, resulta difícil llevar a cabo la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en aquellos países donde todavía queda un largo recorrido para lograr un Estado democrático<sup>397</sup>.

Existe por supuesto la voluntad de la Comunidad Internacional de terminar con estas formas de moderna esclavitud utilizando los instrumentos jurídico-internacionales<sup>398</sup>. Se trata de un reto para la Comunidad Internacional apremiar a tales Estados a ratificar los instrumentos mencionados para conseguir una efectiva cooperación internacional en materia de lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

El sistema jurídico español, como se ha dicho, también implementa sus instrumentos jurídicos. En este sentido, cabe destacar el nuevo Título VII bis del Código Penal español, relativo a la trata de personas<sup>399</sup>.

En definitiva, la cooperación internacional eficaz se ha de basar en una serie de instrumentos básicos como la leal cooperación intergubernamental, la

---

397En términos generales en 2011 había 164 Estados Partes en la Convención de Palermo. Por lo tanto nos referimos a los Estados que aún no han ratificado la Convención de Palermo como Tailandia, Vietnam, Sierra Leona, Angola, Costa de Marfil.

398En concreto, el Protocolo I complementario a la Convención de Palermo relativo a la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el número de instrumentos de ratificación ha aumentado en los últimos años, aunque aún hay importantes Estados que no han ratificado el Protocolo.

399Nos referimos al nuevo artículo 177bis del Código Penal Español. El Título VII bis fue aprobado mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE, de 23 de junio de 2010), que reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España. Entre otros Vid. FERNÁNDEZ PALMA, R. “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177bis, 313, 318bis CP”. Pamplona, La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios.

cooperación judicial internacional y la cooperación policial internacional. Todos ellos son instrumentos que han de vertebrarse para alcanzar un objetivo común que erradique la condenable vulneración de los Derechos Humanos cometida por la Delincuencia Organizada Transnacional en los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes<sup>400</sup>.

Entre la trata de personas y el tráfico ilegal de personas existe un mínimo común denominador representado por las mafias que dirigen todos los cauces de explotación. Desde esta perspectiva y para actuar en contra de la trata es necesario tener una estrategia común útil a enfrentarse a esta plaga. El elemento más importante es tener más que claro y por encima de todo, el papel de los Derechos Humanos y retomar entonces lo que Nuria Cordero Ramos<sup>401</sup> identifica como la “sensibilidad de los derechos humanos”. Este sentimiento permite agrandar la perspectiva que las nuevas situaciones mundiales nos ofrecen descubriendo así espacios de humanidad más amplios. Con esta visión podemos entender los Derechos Humanos como un conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan aquellos espacios de lucha para lograr el reconocimiento de la dignidad humana<sup>402</sup>.

---

400Vid. ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS José, “Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, *Nova et Véteria*, Vol. 20, N°. 64, 2011, pág. 148

401Y otros autores

402Vid. CORDERO RAMOS Nuria, CRUZ ZUÑIGA Pilar y SOLÓRZANO NORMAN Alfaro (Editores), “*Trata de persona, dignidad y derechos humanos*”, ArCiBel Editores, marzo 2012, pág. 33

### **III.4. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD**

Llegamos finalmente a uno de los problemas clave de este trabajo: la determinación de la edad del menor no acompañado. Tenemos que preguntarnos si realmente ésta es una cuestión jurídica o si al contrario se puede quedar al margen de nuestra investigación. La respuesta es rotundamente sí, es una cuestión jurídica. Tal afirmación toma su punto de partida a la hora de la elección de las normas jurídicas aplicables. Si declaramos al presunto menor de edad como tal, se le ha de aplicar la Ley de Protección de la Infancia, así como la Convención de los Derechos del Niño, lo que implica un sistema de protección más amplio; mientras que si se trata de una persona mayor de edad, se le aplica, de entrada, la Ley de Extranjería.

La Circular núm. 6 de 2006 de la Fiscalía General del Estado ofrece un primer elemento para reflexionar<sup>403</sup>: en el caso en que los operadores que acogen al menor extranjero tengan dudas sobre la edad del menor o presunto menor, comunicaran al Ministerio Fiscal estas dudas y éste autorizará las pruebas medico-diagnóstico del caso<sup>404</sup>.

Ahora bien, en esta situación surgen por lo menos tres problemas que vale la pena destacar: 1) llegada de un menor de edad documentado y que por lo tanto lleva su pasaporte para demostrar su minoría de edad, 2) utilización de un

---

403(...) “en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes etc..”

404En este mismo sentido se pronuncia el art. 35.3 de la L.O. 2/2009 de 11 de Diciembre (BOE núm. 299 del 12 de Diciembre de 2009), de reforma de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

sistema de determinación de la edad, a través de un “atlas” comparativo que tiene un margen de error de dos años arriba o abajo 3) obligación de someterse a pruebas médicas, principalmente radiografías o ecografías de muñeca, mano, codo, hombro o partes del cuerpo con muchos huesos, y por supuesto, la conexión con la actividad del Ministerio Fiscal.

En la mayoría de los casos pensamos en un menor extranjero no acompañado que llega a España indocumentado, una persona “sin papeles”. Reconociendo que esto ocurre a menudo, no podemos olvidar aquellos casos de menores no acompañados documentados, es decir que presentan su propio pasaporte o documento acreditativo de la edad. En este contexto, las “líneas guías” de la Fiscalía General del Estado parecen atribuir a los operadores, que acogen el presunto menor de edad, un poder arbitrario al límite de la legalidad: “en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes....”.<sup>405</sup> La palabra “duda”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, “dudar” indica “desconfiar, sospechar de alguien o algo...dar poco crédito a una información que se oye”. De hecho, si el operador duda que el pasaporte pueda ser oficial, solicita la intervención del Fiscal que somete al presunto menor a pruebas para la determinación de la edad<sup>406</sup>.

No olvidemos que estamos hablando de una persona que se presenta con su propio pasaporte y que acredita su minoría de edad<sup>407</sup>. Las explicaciones que

---

<sup>405</sup>Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado

<sup>406</sup>Lo mismo pasa cuando las fuerzas de seguridad acogen una persona indocumentada de la que dudan la minoría de edad.

<sup>407</sup>Entre los muchos casos destacamos lo aparecido en prensa: “El abogado especializado en la defensa de los derechos de los menores inmigrantes, Juan Ignacio de La Mata, acaba de



algunas Comunidades Autónomas, como la de Madrid, ofrecen y que por supuesto proporcionan elementos positivos de reflexión, son que no se trata de falsedad del pasaporte sino de falsedad de los datos en él contenidos<sup>408</sup>.

Además, la misma Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil del 20 de marzo de 2006, nos relata sobre los posibles “indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó” el documento<sup>409</sup>. La Instrucción, con carácter previo recuerda que para poder determinar la eficacia de un documento extranjero en España, se han de analizar la concurrencia de un conjunto de requisitos de dos tipos, de forma y de fondo. Ambos deben ser objeto de consideración separada en la calificación registral. En este sentido:

- a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere; b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; c) la existencia de contradicciones o aspectos

---

presentar cautelarísima ante los juzgados de plaza de Castilla exigiendo que se devuelve al sistema de protección a un menor camerunés que desde ayer se encuentra en la calle. Según los documentos a los que ha tenido acceso la CADENA SER, este chico de 17 años dispone de pasaporte que acredita su edad pero sin embargo el instituto madrileño del menor, decidió que se realizarán las pruebas óseas en una clínica privada que aseguraron que tenía en torno a los 18 años. A pesar de que el menor dispone de pasaporte original que acredita haber nacido el 5 de mayo de 1992 en Duala, y de que la propia embajada de Camerún en España ha emitido un certificado de autenticidad firmado por el embajador, la Comunidad de Madrid ha decidido dejarle en la calle con una resolución con fecha de ayer, 4 de febrero. El letrado Juan Ignacio de La Mata está exigiendo ahora en la fiscalía del menor que obligue a la comunidad a que se haga cargo del chico para no dejarle en desamparo.

[http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/comunidad-madrid-condena-vivir-calle-menores-inmigrantes/csrsrpor/20100205csrsrsoc\\_4/Tes](http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/comunidad-madrid-condena-vivir-calle-menores-inmigrantes/csrsrpor/20100205csrsrsoc_4/Tes)

408Palabras de Dña. Paloma Martín Martín, Gerente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid, pronunciadas el día 9 de Noviembre de 2010 en la “II Jornadas MINA 2010. La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración”. Valencia, 8, 9 y 10 de Noviembre 2010. En esta jornada el autor de este trabajo presenció personalmente.

409Publicada en el BOE del 24 de abril de 2006

inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo; f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.

Sigue la misma Instrucción indicando los posibles “indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento derivados de elementos externos del documento”:

a) que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren; c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado.

Admitimos como en este caso concreto es muy difícil lograr el equilibrio perfecto entre la actividad del Fiscal que como órgano constitucional tiene la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, y el derecho del supuesto menor de edad a revindicar su condición de menor de edad avalada por un documento oficial.

Por otra parte, detectamos la necesidad de una acción continua y conjunta de todos los actores involucrados en la acogida del presunto menor: cooperación con los países de origen, personal especializado en detectar la falsedad de documentos, utilización del Registro de los menores extranjeros no acompañados; es decir un acervo de medidas que realmente puedan favorecer

la labor del Ministerio Fiscal que de hecho es quien toma la decisión última.

#### III.4.A. EL ATLAS COMPARATIVO

A la hora de determinar la edad y al problema de la falsedad de la documentación se suma la utilización de un “atlas” comparativo de las radiografías o ecografías. Se basa en la comparación de una radiografía con una serie de radiografías estándares, tomadas de una muestra de la población general y se le adscribe la edad ósea que corresponda al estándar más parecido o a una edad intermedia entre dos estándares sucesivos; más en particular, “es un atlas con una serie de radiografías típicas de niños que recogen 30 estados evolutivos en la escala de madurez”<sup>410</sup>.

Aunque existen atlas para la rodilla, codo y pie, el más conocido y utilizado es el de Greulich y Pyle para la mano y muñeca<sup>411</sup>. Vale la pena recordar que dicho atlas fue realizado por sus dos investigadores en los años '40 en EE.UU. y que, como explican los dos autores, toma, en parte, en consideración la precedente investigación y atlas del Prof. Wingate Todd, de 1929<sup>412</sup>. Como apunta el Dr. José Prieto del Instituto Anatómico Forense de Madrid, el principal inconveniente “es la subjetividad de la lectura radiológica. Normalmente tras una curva de aprendizaje suficiente las variabilidades son tolerables, no encontrándose diferencias significativas con otros métodos más

---

<sup>410</sup>TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., *“Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico”*, Universidad de Granada, 2005, pág. 60

<sup>411</sup>Entre otros Vid. KEATS E. T., SISTROM C., *“Atlas de medidas radiológicas”*, Ediciones Harcourt, 2002, pág. 309 y ss.

<sup>412</sup>Vid. GREULICH W.W., PYLE S.I., *“Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist”*, Stanford University Press, California, 1950

precisos”<sup>413</sup>.

Obviamente hay que tener en cuenta que la maduración ósea está influenciada por diferentes factores: genéticos, ambientales, socioeconómicos etc., con lo cual si se toman en consideración radiografías o ecografías de una parte de la población con determinadas características, por ejemplo personas latinas, la prueba comparativa dará resultados diferentes de los que se pudieran alcanzar si se considerara otra parte geográfica-territorial de comparación. Y más, aunque se hiciera una comparación “equilibrada”, el margen de error resultaría siempre muy elevado; dos años arriba o abajo, con lo cual si estamos investigando la edad de una persona que se encuentra, supuestamente, entre la mayoría y la minoría de edad, tal actividad, demasiado errónea, podría cambiar el tratamiento y la protección que se le otorga<sup>414</sup>.

Científicamente, entre los más conocidos, se señalan por lo menos otros dos métodos para determinar la edad: el método de Tanner-Whitehouse de 1975, basado en niños anglosajones y el método Sampé basado en niños franceses. El fundamento del método Tanner-Whitehouse, consiste en adjudicar alícuotas de un *score* numérico que representa todo el proceso de maduración esquelética, a cada uno de los estadios por lo que pasan los huesos y que pueden ser

---

413PRIETO J.L., “*Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*”, [www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP](http://www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP)

414En estos casos se suele aplicar el principio del *favor minoris*. La misma Fiscalía, en su propia Instrucción 2/2001 señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas. Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: “Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla”. La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4

evidenciados radiológicamente<sup>415</sup>. Se trata, entonces, de un método numérico y no comparativo como el de Greulich y Pyle. El método Sampé, recoge elementos parecidos a los de Tanner-Whitehouse, aunque resulta más preciso en cuanto utiliza “indicadores terciarios de maduración”<sup>416</sup>, es decir indicadores óseos conexos con la adolescencia.

Hoy en día, aunque en menor medida, la medicina utiliza también el sistema de radiografía panorámica u ortopantomografía dental que valora el estado madurativo del diente en desarrollo<sup>417</sup>. Este sistema, como los demás, no ofrece una seguridad definitiva acerca de la edad de la persona con lo cual, al día de hoy, no existe una técnica fiable al cien por cien. Sin embargo, nos quedamos con la esperanza de que las técnicas médicas y antropológicas nos puedan proporcionar, en el próximo futuro, métodos más fieles y ciertos. Claramente, al trabajo de las “máquinas” tiene que sumarse el trabajo de los profesionales que serán llamados a interpretar los datos obtenidos teniendo en cuenta, por supuesto, una serie de actividades previas como identificar al menor y entrevistarse con él<sup>418</sup>.

Entendemos, entonces, que “las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto; por ello, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla. La determinación de la

---

415Vid. GUIMAREY L.M., LEJARRAGA H., CUSMINSKY M., “Evaluación de la madurez esquelética por el método de Tanner y Whitehouse”, en *Revista Medicina* Enero-Febrero 1979, Buenos Aires, pág. 312

416TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., “Influencias de diversos factores de salud....op. cit., pág. 62

417Tal sistema es lo propuesto por Demirjian Goldstein y Tanner (1973).

418En este sentido, “identificar el menor” significa conocer, cuando disponibles, exámenes médicos anteriores que permitan tener un cuadro más completo sobre la persona investigada. “Entrevistar”, significa elaborar la anamnesis completa como para cualquier otro paciente.

edad contará además de la correspondiente entrevista, con la exploración del presunto menor a través del examen físico que comprenderá:

- Medidas antropométricas.
- Caracteres sexuales secundarios.
- Exploración radiológica<sup>419</sup>,
- Exploración del grado de maduración dental<sup>420</sup>

A todo esto se añade la necesidad de retomar algunas herramientas previstas por la Ley, que, en algunos casos, son dejadas a un lado y facilitar el trabajo de todos los actores. El art. 60.2 del Real Decreto 864/2001 de 20 de Junio<sup>421</sup>, instituye el “Registro de menores extranjeros en situación de legal desamparo”<sup>422</sup>. Escasa es la utilización de dicho Registro que si correctamente empleado podría proponer resultados aceptables y relacionados con los desplazamientos entre CC.AA. así como ofrecer una referencia inicial

---

<sup>419</sup>Como ya hemos explicado, en particular a través del método de Greulich-Pyle, método por el que se comparan radiografías óseas de la muñeca y de parte del brazo del individuo cuya edad se quiere determinar con un Atlas visual propio del método —si bien cuenta con críticas, en tanto en cuenta este Atlas del método de Greulich-Pyle está realizado sobre una población americana de clase media-alta y necesita de adaptación

<sup>420</sup>NIETO GARCÍA Ángel Juan, “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables “, *Diario La Ley*, N° 7597, Sección Doctrina, 25 Marzo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, LA LEY 3060/2011

<sup>421</sup>Por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

<sup>422</sup>Art. 60.2 R.D. 864/2001: “Igualmente, en la Dirección General de la Policía, existirá un Registro de Menores Extranjeros en situación de legal desamparo a efectos puramente identificadores, en el que se contendrá: a) Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia. b) Su impresión dactilar. c) Fotografía. d) Centro de acogida donde resida. e) Organismo público bajo cuya protección se halle. f) Resultado de la prueba —sea de determinación de la edad, según informe de la Clínica Médico Forense. g) Cualquier otro dato de relevancia a los citados efectos identificadores. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberían comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía, a través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el párrafo anterior”.

del menor acogido.

#### III.4.B. LA RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y EL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS MÉDICAS DE LOS MENORES DE EDAD INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

Parece interesante dedicar algunas palabras sobre cómo se desarrolla la actividad del Ministerio Fiscal a la hora de empezar los trámites para determinar la edad de los menores de edad inmigrantes no acompañados. La primera cuestión, previa al desarrollo del presente párrafo, es la relativa a la legitimación del Ministerio Fiscal para disponer las pruebas médico-diagnósticas; dicho de otra manera, ¿es el Ministerio Fiscal, sobre todo cuando el menor de edad rechaza las pruebas, la institución que tiene que autorizar las comprobaciones médicas? Dos pueden ser los organismos; bien el Ministerio Fiscal o bien la Autoridad Jurisdiccional que tratándose de menores de edad será el Juez de menores<sup>423</sup>.

Hoy en día sabemos que la LOEX, art. 35, atribuye dicha competencia al Ministerio Fiscal y que el Juez de Menores, antiguamente competente ya no tiene autoridad, con lo cual, legalmente, ya tenemos la respuesta. Por otra parte, plantea problemas no sólo el organismo que autoriza sino la propia resolución decisoria y consecuente a las pruebas a través de las cuales el Ministerio Fiscal determina la edad del menor. Este pasaje es fundamental

---

<sup>423</sup>La originaria Ley de Extranjería atribuía tal competencia propio a los Jueces de Menores. “Con la modificación se pretendían activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su sola presencia en nuestro país”. Consulta 1/2009 Fiscal General del Estado

porque, ya sabemos, que en relación con la determinación de la edad, se puede aplicar la legislación en materia de protección de la infancia o la Ley de Extranjería.

Ahora bien, si se tratara de un Juez, la última decisión, cualquiera que fuese, tiene que respetar el principio del contradictorio: “el principio de contradicción determina la necesidad de que puedan acceder al procedimiento todos los intereses afectados por el mismo, dándose posibilidad a sus titulares de defenderlos en condiciones de igualdad”<sup>424</sup>. Por el contrario, el Fiscal emite una resolución motivada en forma de Decreto que no admite recurso. El Fiscal General del Estado, en la Consulta 1/2009 y recogiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, explica el alcance de dicha decisión:

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 destaca el carácter provisional del decreto del Ministerio Fiscal que concluye las diligencias incoadas para la determinación de la edad del menor, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. En la referida Circular se afirma que habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de mas tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo

---

<sup>424</sup>Entre otros: RODRIGUEZ X., MUÑOZ A., “*Derecho administrativo español*”, Tomo II, Netbiblo, 2008, pág. 153



otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.).

Los elementos a destacar son: 1) carácter provisional del decreto, 2) efectos provisionalísimos y 3) posibilidad de pruebas complementarias. Los tres fundamentos parecen ofrecer amplios márgenes de actuación para quien representa el menor de edad, ya que la Fiscalía General del Estado admite que una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración.

En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad<sup>425</sup>.

Entendemos entonces, como las nuevas y eventuales pruebas se tendrán que presentar a la misma Fiscalía que decretó la primera vez o a la Fiscalía del lugar donde se encuentra el menor de edad o a un organismo diferente a la Fiscalía. Esto genera una serie de problemas: 1) la persona, declarada mayor de edad por decreto del Fiscal no se puede declarar en desamparo, con lo cual no se le puede aplicar la guarda prevista en art. 172 Cc. con la consecuente falta de intervención de los Servicios Autonómicos de Protección del Menor, 2) la falta, en origen, del contradictorio, se intenta resolver con la posibilidad de aportaciones futuras, 3) Aunque el representante del presunto menor de

---

<sup>425</sup>Consulta 1/2009 Fiscalía General del Estado

edad (o presunto mayor de edad), aportara pruebas, pasaría un tiempo difícil de establecer, sin determinar cuál sería el amparo de la persona, 4) existe un riesgo fundado que entre las nuevas aportaciones y la siguiente declaración del Fiscal o del organismo llamado a pronunciarse, pase un tiempo tal que la persona, en origen menor de edad, cumpla los dieciocho años, 5) surgen dudas hacia las conclusiones del mismo Fiscal General del Estado (en la ya citada Consulta 1/2009): a) en la séptima conclusión<sup>426</sup>, el Fiscal General utiliza las palabras “podrá dictarse”, generando la incertidumbre sobre la obligación o no de dictar un nuevo decreto, así como la posibilidad de rechazar su nueva emisión, b) en la novena conclusión<sup>427</sup> se nota una cierta rigidez por parte del Fiscal General a la hora de emitir el nuevo decreto.

Si en la emisión del primer Decreto, la Consulta 1/2009 (recogiendo la Circular del la Fiscalía General del Estado 2/2006) dice: “El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga”; el segundo decreto, basado sobre nuevas aportaciones y también sobre la actividad del interesado, parece más contundente y rígido, con lo cual, el primero sugiere tener más efectividad.

El hecho de que no se pueda recurrir la primera decisión del Ministerio Fiscal junto con la falta de un necesario contradictorio entre las partes, desde el principio, nos impulsa a investigar sobre la posibilidad de plantear una

---

<sup>426</sup>Séptima Conclusión Consulta 1/2009: “puesto que el decreto inicial de determinación de edad tiene efectos provisionalísimos, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad”.

<sup>427</sup>Novena Conclusión Consulta 1/2009: “En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión”

cuestión de inconstitucionalidad.

Creemos fundamental destacar la relación entre someterse a las pruebas y el artículo 15 de la Constitución Española, derecho a la integridad física<sup>428</sup>. “Aunque este derecho se regula en el art. 15 de la Constitución Española debe ser concebido como un derecho autónomo, no obstante, tiene una conexión teológica importante con el derecho a la vida. Al igual que éste se trata de un derecho íntimamente relacionado con la dignidad humana, por lo que su titularidad la ostentan tanto los nacionales como los extranjeros. En definitiva, este derecho se constituye como una obligación de los poderes públicos de velar porque los ciudadanos no sean dañados física o psíquicamente. Especialmente, esta obligación estatal se materializa con aquellos ciudadanos que dependen del Estado: detenidos, presos, menores en centros estatales, enfermos hospitalizados. Tiene un doble contenido: por un lado, conforma el derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, por otro supone el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento del afectado”<sup>429</sup>.

El mismo Tribunal Constitucional sentencia sobre el asunto. En la STC 35/1996 del 11 de Marzo<sup>430</sup> el Tribunal Constitucional declarara “la constitucionalidad de las medidas que no vulneran la integridad física, siempre que se realicen de forma aislada, por personal médico especializado, previos informes de éstos, se utilicen aparatos homologados y el nivel de radiación resulte ser de menor intensidad que los máximos permitidos por la

---

<sup>428</sup>“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>429</sup>IGLESIAS BÁREZ Mercedes, “*Estructura Orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*”, Universidad de Salamanca, 2010, pág. 179

<sup>430</sup>Vid. antecedentes de la STC 35/1996 de 11 de marzo

Organización Mundial de la Salud”. La realidad es que el Tribunal Constitucional, debatió sobre la cantidad de pruebas (entre ellas varias radiografías con el consiguiente nivel de radiación si bien este resultó ser de menor intensidad), aunque, en este caso, aparece más destacable la sumisión de la persona a pruebas medicas sin su propio consentimiento que de hecho representa el alcance del art. 15 CE<sup>431</sup>.

Otra norma constitucional aplicable al caso parece el 18.1 CE<sup>432</sup>, cuando trata de la intimidad personal y su vulneración en aplicación de determinadas medidas. No hay dificultad en confirmar la posición del Tribunal Constitucional cuando afirma que las “intervenciones corporales” son aquellas “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”<sup>433</sup> y por supuesto identificar, entonces, las pruebas radiológicas para determinar la edad como intervenciones corporales.

Tenemos, además, que ser concretos y reconocer los avances técnicos en materia sanitaria, con lo cual, una radiografía es hoy en día una intervención leve que por lo tanto no exige la intervención judicial en su ejecución<sup>434</sup>. Todo esto encaja muy bien en todas aquellas situaciones donde no hay contrariedad del interesado en someterse a las pruebas.

---

<sup>431</sup>Podemos por cierto pensar en la aplicación del principio de proporcionalidad, necesario, mirándolo en sentido positivo, en cuanto en caso de duda, no se sabe cual norma aplicar hasta cuando no se conozca la edad de la persona.

<sup>432</sup>Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”.

<sup>433</sup>STC 207/1996 del 16 de Diciembre

<sup>434</sup>Jurisprudencia en este sentido: STS 3 de Febrero de 2000, SSTs 15 de noviembre de 2001

Ahora bien, también es cierto que el Derecho y la jurisprudencia protegen el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), con lo cual el Fiscal no puede obligar el presunto menor a realizarse las pruebas.

Entendemos como la eventual obligación se traduciría en vulneración de un derecho fundamental y al mismo tiempo, la falta de dicha determinación de la edad, afectaría a las funciones propias del Ministerio Fiscal. Traemos a colación, en este caso concreto, el principio de proporcionalidad que visto desde una perspectiva negativa, representa, en determinadas y necesarias ocasiones, la limitación de un derecho<sup>435</sup>. Para dicha injerencia por parte del Estado, tienen que existir, de manera secuencial y para nosotros no alterable, por lo menos dos elementos: en primer lugar, la idoneidad de las medidas y la imposibilidad de utilizar otras herramientas para llegar al propósito final y en segundo lugar, el interés del Estado, en este caso en determinar la edad.

El problema es muy desafiante y aunque, hemos visto que el Fiscal no puede obligar al menor a someterse a las pruebas, parece que en el caso de un presunto menor inmigrante no acompañado indocumentado que rechaza las pruebas sin aclarar las motivaciones, tras ser oído y después de que el Fiscal, con la ayuda de los sanitarios, explique en que consisten las pruebas y por qué son necesarias, éste puede considerar que concurren los elementos para una eventual “intromisión”, con, claramente, todas las cautelas legales y personales del caso<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup>En este sentido, entre otros Vid.: ASIS (de) R., AIELLO A.L., BARIFFI L., CAMPOY I., PALACIOS A., “*Sobre la accesibilidad universal en el derecho*”, Dikynson, 2007, pág. 163 y ss.

<sup>436</sup>Cuarta Conclusión de la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General: “En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba. El Fiscal debe, en el mismo acto, oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su

Sin embargo, el Fiscal General del Estado acata la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria que niegan esta posible intervención aunque nos preguntamos si de esta manera el Fiscal cumple con sus primitivas funciones. Queda claro como el procedimiento no puede pararse frente al rechazo de sumisión a las pruebas, con lo cual, el Fiscal deberá emitir su decreto con los elementos que tiene. Es importante destacar como, en caso de negativa a la práctica de las pruebas, el Fiscal, puede considerar tal rechazo como un indicio de mayoría de edad. Esta advertencia es la única herramienta a disposición del Fiscal frente a una situación que tendría el riesgo de paralizar toda la cuestión.

Tras esto, se genera incertidumbre con el principio de presunción de inocencia constitucionalmente garantizado (art. 24 CE) y establecido también por el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>437</sup>. En nuestra investigación, la presunción de inocencia es compatible con la declaración, por parte del sujeto, de su minoría de edad hasta cuando no se pruebe su mayoría de edad. De hecho, “el principio de inocencia es para algunos un axioma jurídico que establece la calidad de no culpable inherente a toda persona, condición que se tiene frente al *ius puniendi* debiendo acreditarse su pérdida con argumentos y pruebas racionales por los órganos jurisdiccionales del Estado cuando una persona ponga en peligro a la sociedad. Presunción viene del latín *présopmtion*, que significa idea anterior a toda experiencia; el vocablo

---

posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas”

<sup>437</sup>Art. 6.2 CEDH: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

inocencia procede del latín *innocens*, que significa virtuoso, calidad de aquel que no ha pecado ni lesionado bien social alguno. Este derecho tiene un contenido auténticamente político, es decir, pretende garantizar la libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal. Es un medio que se ha dado para proteger los valores esenciales en un Estado de Derecho en el que no existen súbditos sino ciudadanos”<sup>438</sup>.

La realidad, entonces, que viven los MINAs que no se quieren someter a las pruebas medicas, parece recoger los elementos propios de una verdadera prueba indiciaria que de todas formas “se caracteriza porque su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. El Tribunal Constitucional, no obstante el peligro que ofrece la prueba indiciaria (...) y, en general, los inconvenientes que presenta una prueba de esta naturaleza, la admite como una prueba de cargo suficiente para desvirtuar, en principio, la presunción constitucional de inocencia reconocida en el art. 24.2 CE”<sup>439</sup>.

---

438MUÑOZ ALVAREZ Guadalupe, “Presunción de inocencia y proscripción de la tortura”, *Diario La Ley*, Nº 7283, Sección Tribuna, 13 Nov. 2009, Año XXX, Ref. D-353, Editorial LA LEY

439RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín, “¿Destruye la presunción de inocencia una prueba de cargo menos segura cuando era posible una prueba de cargo directa más segura? *Diario La Ley*, Nº 7788, Sección Tribuna, 1 Feb. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY. Sigue el autor diciendo: “Ahora bien, de una u otra forma, el TC reconoce la mayor fiabilidad de la prueba directa señalando que, sin duda, ésta es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria, porque el razonamiento indiciario conduce por su propia naturaleza a un resultado de probabilidad, ciertamente alta y fundada, pero no a la certeza absoluta —constancia— propia de los medios de prueba directos. En la prueba directa, la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado, correspondiendo a la vía de amparo únicamente la comprobación de la existencia de dicho medio y la verificación de que en alguna forma pueda entenderse incriminador para quien resulta condenado, perteneciendo el resto al ámbito de la valoración de la exclusiva competencia de la jurisdicción penal ( art. 117.3 CE). En la prueba indiciaria, en cambio, caracterizada por un mayor subjetivismo en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, puede residenciarse ante este Tribunal la concurrencia de los requisitos que diferencian a dicha prueba de las meras sospechas y conjeturas. Tales requisitos son: 1.º) El

En este limbo resulta muy importante la intervención de un representante legal que no solamente actúe como tal sino que también pueda ser su consejero.

---

hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2.º) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3.º) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y 4.º) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes”.



### **III.5. CUESTIONES ACERCA DE LA INTEGRACIÓN DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS**

El menor de edad inmigrante no acompañado es objeto de intervención social, o al menos debería serlo, desde el momento en que se le califica como menor desamparado. Es necesario, entonces, gestionar los recursos sociales y no solamente aquellos legales de los que se dispone ya a partir de los primeros contactos con este colectivo<sup>440</sup>. Dicha intervención se compone por lo menos,

---

<sup>440</sup>Es por cierto necesario un seguimiento social de los menores extranjero también una vez que cumplan la mayoría de edad. En este sentido cabe destacar como: “Las características psicosociales de estos jóvenes al cumplir la mayoría de edad son las siguientes: - Carencia de redes sociales y familiares estables de apoyo. Al entrar en la península lo hicieron de forma individual y de manera arriesgada para sus vidas. La mayoría se sintieron ‘culturalmente obligados’ a iniciar su proyecto migratorio, ya que formaban parte de núcleos familiares empobrecidos y tenían la responsabilidad, a pesar de su corta edad, de conseguir una mejora en la calidad de vida de sus padres y hermanos pequeños. La ausencia de redes familiares obstaculiza el proceso de integración social de esta población. Por otra parte, las redes sociales que disponen son las compuestas por sus grupos de iguales, la mayoría de los cuales atraviesan circunstancias similares. - Situación administrativa irregular o dificultades para mantener autorización de residencia. Los jóvenes que durante su estancia en los centros de menores han obtenido autorización de residencia (o residencia y trabajo) y no han conseguido su inserción laboral, al quedarse a los dieciocho años desprovistos de los recursos necesarios para su subsistencia, poseen grandes dificultades para mantener dichas autorizaciones. En el momento de renovar sus tarjetas deberán acreditar estar en posesión de medios de vida o presentar una oferta de empleo a jornada completa y con un año de duración. En el contexto socioeconómico en el que nos encontramos esto se convierte en un requisito lejano a la realidad existente, con lo que aparecen situaciones de abusos por parte de empresarios, que condicionan la presentación de una oferta de empleo ficticia a una “compensación económica”. Para ello los jóvenes se ven abocados a realizar conductas delictivas y/o recurrir al ejercicio de la prostitución. Según el reglamento de aplicación de la L.O. de Extranjería, existe la posibilidad de que las personas que hayan cumplido la mayoría de edad sin estar provistas de autorización de residencia inicial, puedan obtenerla si el Servicio de Protección de Menores recomienda la concesión de la misma. Aún así, es necesaria la acreditación de medios de vida para la solicitud de residencia de carácter no lucrativa o la presentación de oferta de empleo con las características anteriormente citadas para la solicitud de autorización de residencia y trabajo. - Situación de sinhogarismo. Podemos decir que estos jóvenes se encuentran excluidos del derecho a la vivienda, situación derivada de la carencia de recursos económicos. La situación de sinhogarismo sobreviene repentinamente: el día que cumplen su mayoría de edad, los jóvenes que no han podido acceder a pisos tutelados, celebran sus cumpleaños durmiendo en la calle. Existen numerosos casos de jóvenes que se refugian en viviendas abandonadas que no reúnen las condiciones de habitabilidad. Pertenecen a la categoría de infravivienda y se caracterizan por falta de salubridad y de equipamiento, muchas de ellas encontrándose en ruinas técnicas. Para acceder a algunas de las mismas es preciso ascender a lo alto de un

de tres fases: a) acercamiento, b) confianza entre el menor de edad y los profesionales que atienden al menor de edad y, finalmente, c) la fase en la que el menor de edad pasa a formar parte del sistema de protección autonómico con el consecuente reconocimiento de derechos y deberes<sup>441</sup>.

A nivel práctico el GRUME (Grupos de Menores<sup>442</sup>), actuará en beneficio del menor de edad y le proporcionará amparo. Los servicios de Protección a la infancia de la correspondiente Comunidad se harán cargo del menor de edad. Es cierto que para otorgar protección a este colectivo es necesario conocer cuáles son las necesidades de los menores inmigrantes no acompañados. En este sentido, un estudio del Grupo de Investigación en Familia e Infancia de la Universidad de Oviedo nos proporciona algunas pautas fundamentales: formación educativa, formación ocupacional, inserción laboral, idioma español, conocimiento de la cultura receptora, necesidades relacionadas con las habilidades sociales y de autonomía, atención a problemas psicológicos, atención a problemas psiquiátricos, problemas de consumo de droga, gestión de la documentación e integración social en la comunidad de acogida<sup>443</sup>.

---

andamio, pudiéndose causar daños físicos graves por posibles caídas desde una altura considerable. Asimismo carecen de suministros de luz y agua”; en BLANCA AVILÉS R., BELÉN JURADO G., “Estrategias de intervención social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores”, *Documentos de Trabajo Social*, núm. 47, págs. 135-136

441 Exactamente lo que ocurre con un menor de edad nacional español en situación de desamparo.

442 “Los Grupos de Menores, se encuentran incardinados en las Brigadas Provinciales de Policía Judicial. Su creación data del año 1986, siendo el primer GRUME creado en Barcelona, al que le siguieron Madrid en el mismo año y un año más tarde, en 1987, el GRUME de Valencia. En el año 1988 se crean en Granada y Zaragoza, hasta casi la totalidad de las capitales de provincia y algunas otras ciudades con especial incidencia en temas relacionados con menores. Las funciones del GRUME son dobles: a) Protección de los menores víctimas de cualquier tipo de maltrato, bien sea físico (incluido el abuso sexual), como el psicológico b) Protección de los menores infractores. Trabajan en colaboración con Instituciones públicas y privadas, relacionadas con la problemática de menores, tanto desde su protección como de reforma”. De la página web: [http://www.policia.es/org\\_central/judicial/estructura/saf\\_grume.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/saf_grume.html)

443 Para un marco más exhaustivo, Vid. BRAVO ARTEAGA A., SANTOS GONZÁLEZ I., DEL VALLE J.F., “Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no

Si esto es cierto por un lado, por el otro, los sistemas de protección detectan otras necesidades: “La llegada en algunas regiones de menores extranjeros más jóvenes, de 12-14 años, ha motivado la necesidad de revisar la elaboración de los planes de caso y los proyectos educativos diseñados desde los centros, donde hasta ahora prevalecía el trabajo para apoyar el proceso de emancipación (formación e incorporación al mercado laboral) de forma generalizada para el grupo de MENA. Los más jóvenes muestran nuevas necesidades de intervención por su condición evolutiva y el cambio en sus expectativas y proyecto migratorio. Será por tanto necesario individualizar las intervenciones, no olvidando que los menores extranjeros engloban niños y niñas muy diferentes, no solo en cuanto a origen y costumbres, sino también en historia de vida y pautas de desarrollo.

A pesar de las pautas y principios establecidos en publicaciones de buena práctica internacionales, se percibe una escasa participación de estos jóvenes en el proceso de toma de decisiones. Algunos no tienen claras expectativas sobre la línea de intervención que se llevará a cabo (proyecto educativo, cambio de centro, alternativas, etc.) y reciben las decisiones una vez adoptadas sin sentirse escuchados. Siendo este uno de los principios que ha de respetarse en la intervención, parece que las dificultades en la comunicación, o la sobrecarga experimentada para atender a estos jóvenes, han supuesto un cierto abandono en el cumplimiento de un principio esencial en la intervención social, en especial con adolescentes con un plan de trabajo orientado a la emancipación”<sup>444</sup>.

El modelo de protección por parte de la Administración parece ofrecer una

---

*acompañados en el Estado Español*”, Universidad de Oviedo, Gobierno de Asturias, 2010, págs. 120-125

444BRAVO ARTEAGA A., SANTOS GONZÁLEZ I., DEL VALLE J.F., “Revisión de actuaciones llevadas a cabo.....” *op. cit.* págs 126 y ss.

solución eficaz para la protección de los MENAs, aunque, en la práctica la realidad es que los menores de edad abandonan el sistema, o bien, es la misma Administración la que determina el destino del menor de edad que cumple los 18 años<sup>445 446</sup>.

Somos conscientes de que el fenómeno de los MENAs es relativamente nuevo y con él las actividades a favor de este colectivo que se van desarrollando; los profesionales como los educadores, los trabajadores sociales, psicólogos, maestros, u orientadores, ha entrado en contacto con los MENAs a lo largo de este comienzo de siglo. El punto de inflexión, en torno al año 2000, marca un cambio en las voces que están creando el nuevo discurso, técnico y político sobre este fenómeno<sup>447</sup>.

Es cierto que el trabajo de todos los involucrados con esta cuestión empieza a generar confianza, no solamente en la sociedad sino, y quizás, más importante, en los menores de edad no acompañados. Parece que los menores son más receptivos a los diferentes programas, que les gusta saber que alguien está pendiente de ellos y desean aprovechar las oportunidades a su alcance. A pesar de esto, son menores de edad no acompañados que carecen de una plena atención social. No solamente es un problema de falta de recursos económicos y humanos, también los menores son objetos de protección e integración hasta que acceden a un siguiente nivel, donde se convertirán en “sujetos vigilados”. En este contexto, esta vigilancia equivaldrá a tutela por parte de la

---

445En este sentido hace falta destacar como en muchas Comunidades Autónomas existen programas especiales para aquellas personas que entraron como menores de edad y que cumplen la mayoría de edad en España.

446Además, se producen situaciones de desprotección por parte de la Administración incluso antes de la mayoría de edad de estos inmigrantes: es el caso de la lentitud en la gestión del permiso de residencia y casos de expulsión del país de menores que eran objeto de intervención social y estaban mostrando progresos a nivel personal y laboral.

447Vid. GIMENO MONTERDE Chabier., “Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 3er Cuatrimestre 2010, Año VIII, Lex Nova, pág. 68.

#### Administración.

Esta situación podría ser solventada, en parte, por una implementación de más recursos y profesionales, y por una mejor coordinación entre las diferentes instituciones que tienen un papel fundamental en la acción social a favor de los menores de edad. Chabier Gimeno Monterde destaca como es necesario buscar nuevas técnicas de acción a favor de los MENAs, otorgándoles mayor protagonismo, intentando no apartar a las familias de origen durante todo el proceso, así como seguir formando a los profesionales que trabajan con este colectivo, más vulnerable que otros<sup>448</sup>.

El mayor problema que se plantea en relación a esta cuestión, como consecuencia de todo lo explicado, es que este colectivo se convierta en especialmente vulnerable, situándose en una posición de desventaja social o exclusión.

En el marco de la integración, hay que destacar que existen diferentes programas que las CC.AA. llevan a cabo bien durante la minoría de edad, así mismo una vez que el menor de edad cumple los dieciocho años. En este sentido, tomaremos como referencia el caso de Andalucía.

#### III.5.A. PROGRAMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES EN ANDALUCÍA

En la Comunidad Autónoma Andaluza existen diferentes programas (no se hace distinción entre menores de edad nacionales o extranjeros), que brevemente vale la pena mencionar<sup>449</sup>:

---

448Vid. GIMENO MONTERDE Chabier., “Menores extranjeros no acompañados....*op.cit.* pág. 69

449Los datos que se presentan a continuación han sido sacados de la página web de la Junta de Andalucía. En esta página aparece la descripción de los programas de atención a la infancia llevados a cabo por parte de la Junta de Andalucía:

1. *Los Programas de Acogida Inmediata*: son aquellos destinados a la primera acogida, diagnóstico y derivación de las personas menores de edad hacia las distintas alternativas. En estos programas se atiende tanto a situaciones de urgencia e imprevistas como a situaciones ya programadas. Igualmente, se adecuan a las situaciones de diversidad que puedan presentar aquéllas en su primera acogida por el sistema: bebés, grupos de hermanos y hermanas, menores extranjeros no acompañados (MENAs).
2. *Los Programas dedicados a la Atención Residencial Básica*: se trata del acogimiento residencial de carácter general y normalizado, que incluye el abordaje de la diversidad desde una perspectiva integradora. Estos programas son los que mejor y de forma más general reflejan la vocación socializadora del acogimiento residencial y los que se desarrollan en la mayor parte de los Centros de Protección de Menores. También se atiende desde estos programas a menores que presenten algún tipo de discapacidad leve o moderada y otras situaciones transitorias.
3. *Los Programas Específicos de Atención a la Diversidad*: son todos aquellos a través de los cuales se atiende a menores cuyas necesidades específicas exigen un trato diferenciado. Se desarrollan en centros que reúnen las condiciones adecuadas para un acogimiento terapéutico, ya sea de forma temporal, para después retornar a los residenciales básicos, o permanente, si lo exigiera la situación de la persona menor de edad. Las situaciones o perfiles que se incluyen entre estos programas son: graves trastornos del comportamiento relacionados con patologías psicosociales y educativas; el tratamiento de graves trastornos de conducta, asociados con patologías

psiquiátricas y la atención a menores con grave discapacidad.

4. *Programas Complementarios o de apoyo al acogimiento residencial*: es una novedad que introduce la Orden de 9 de noviembre de 2005, por la que se regula la cooperación entre la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores. En virtud de esta norma, se posibilita que entidades colaboradoras desarrollen programas y recursos que complementen y apoyen el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores. En estos casos, sin ejercer la función de guarda, se desarrolla una labor especializada que refuerza la atención prestada desde los Centros. Su finalidad es la de reforzar y apoyar la acción de los Centros para que las personas menores de edad con necesidades específicas permanezcan atendidas en un contexto normalizador, evitando la atención en programas específicos siempre que sea posible.

A eso se añade un programa en particular, “Programa +18”<sup>450</sup>, dedicado a todos aquellas personas, nacionales y extranjeras que, entradas en el sistema de protección siendo menores de edad, cumplen los dieciocho años de edad. La Junta de Andalucía explica este programa de esta manera: “actualmente, podemos contabilizar un gran número de jóvenes que cumplen los 18 años y deben abandonar los centros de protección menores. Chicos y chicas que, a pesar de adquirir la mayoría de edad legal, necesitan aún apoyo y acompañamiento hasta completar sus posibilidades de vida autónoma. La Ley 1/1998 de 22 de Abril de los Derechos y la Atención al Menor, establece en su art. 37.2 que “al menos, durante el año siguiente a la salida de los menores de

---

<sup>450</sup>La coordinación del Programa +18 se realiza desde la Dirección General de Infancia y Familias, con la participación del personal técnico de las Delegaciones Provinciales para la Igualdad y Bienestar Social, así como de una red de más de diecisiete Entidades Colaboradoras

un centro de protección, la Administración de la Junta de Andalucía efectuará un seguimiento de aquéllos al objeto de comprobar que su integración socio-laboral sea correcta, aplicando la ayuda técnica necesaria”, y en su art. 19.1.f) que “se potenciará el desarrollo de programas de formación profesional e inserción laboral de los menores sometidos a medidas de protección, con el fin de facilitar su plena autonomía e integración social al llegar a su mayoría de edad”.

Con este propósito se desarrolla el Programa de Mayoría de Edad para jóvenes que son o han sido tutelados y tuteladas (P+18), el cual parte de las necesidades individuales detectadas en este grupo de personas, que, al cumplir los 18 años, son consideradas por la legislación vigente como sujetos que ya han alcanzado la madurez y, por tanto, con plena capacidad para vivir de forma autónoma. Y sin embargo, presentan aún ciertas carencias debido a su corta edad y a que su proceso de formación personal y humana aún no ha concluido. Se trata de permitirles enfrentarse a su nueva situación de autonomía e independencia con unas mínimas garantías para su plena integración socio-laboral.

A través de dicho Programa, ya desde los centros de protección se orienta a estas personas para la vida autónoma. Las acciones se inician antes de alcanzar la mayoría de edad y se puede extender, en algunos casos, hasta los veinticinco años, asegurándoles unos recursos y la asistencia de unos profesionales que les orienten y acompañen en cuestiones tales como sus primeras experiencias laborales o el acceso a la vivienda.

En Andalucía hay dos modalidades de recursos para el Programa +18. Por un lado, se encuentran los recursos de Alta Intensidad, a través de pisos de autonomía, donde se proporciona una atención integral que se traduce en la cobertura de todas las necesidades para jóvenes que han tenido que abandonar



los centros de menores y carecen de cualquier posibilidad para vivir de forma autónoma cuando cumplen los dieciocho años.

Y, por otro lado, están los recursos denominados de Media Intensidad que están compuestos por una red de centros de día, donde se realizan todas las actuaciones programadas con un seguimiento constante y con las garantías de formación suficientes para lograr su integración social y laboral. Este apoyo se lleva a cabo mediante numerosas acciones, entre las que destacan el acompañamiento en su proceso de autonomía plena, la formación integral no formal y becas para su formación y alquiler de una vivienda.

Así, mediante el Programa de Mayoría de Edad para Jóvenes que son o han sido tutelados o tuteladas (P+18), se promueve la integración de jóvenes desde una perspectiva integral, desde cuatro pilares fundamentales: a) la maduración y el desarrollo personal y social, b) la orientación vocacional y la formación para el empleo, c) consecución de recursos básicos, especialmente la vivienda y d) definitivo acceso al empleo. Para ello se promueve la Formación Ocupacional e Inserción laboral para jóvenes que han sido tutelados o tuteladas por la Junta de Andalucía.

Como se ha indicado, el Programa+18 se desarrolla a través de Entidades Colaboradoras, en virtud de Convenios de Colaboración con la Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Con ello se pretende que el Programa se realice mediante una intervención de profesionales con experiencia en el área educativa y en la orientación socio-laboral que puedan enseñar a las personas jóvenes ciertas habilidades para lograr sus propias metas y fundamentalmente la más importante, el acceso al trabajo, proporcionando además una red de empresas que participan en la formación y contratación de jóvenes, disminuyendo así el riesgo de exclusión social de este colectivo. Concretamente, en el año 2005 se contó con la colaboración de más de un

centenar de empresas en este objetivo.

La Orden de 20 de Julio de 2005 por la que se modifica la de 22 de diciembre de 2003, por la que se regulan y convocan subvenciones a entidades colaboradoras para la financiación de programas y recursos destinados a la inserción social integral de jóvenes que han sido tutelados y tuteladas por la Junta de Andalucía permite la presentación de solicitudes para la financiación de las actuaciones descritas en cualquier momento del ejercicio presupuestario. Con la Orden anual por la que se regula y convoca la cobertura de becas de Educador o Educadora en Centros Residenciales de Protección de Menores se pretende, por un lado, facilitar la inserción laboral de jóvenes que han sido tutelados y tuteladas y, por otro, posibilitar la interacción entre menores en acogimiento y estudiantes a quienes están destinadas las becas. La mencionada Orden, aunque está dirigida a todas las personas jóvenes que cumplan los requisitos, aplica medidas de discriminación positiva a quienes han sido tutelados o tuteladas, para compensar las carencias y desventajas que de partida puedan presentar muchas de estas personas.

### III.5.B. EL FENÓMENO DE LOS MINAs EN ANDALUCÍA

A pesar de que el fenómeno de los MINAs existe oficialmente en Andalucía desde 1993, es en el año 2005 cuando se advierte un crecimiento elevado y desmesurado.

Los datos sobre las asistencias a menores extranjeros en los centros de protección de Andalucía durante el indicado año demuestran un crecimiento desmesurado. Los 1.837 nuevos ingresos significaron un incremento del 80%

en relación a 2004, cuando las llegadas de nuevos menores se cifraron en 1.023. En total, sumadas las personas ingresadas en el año anterior, se atendieron a 2.323 menores<sup>451</sup>. En este sentido, son elocuentes las palabras del Defensor del Pueblo Andalúz: “En los últimos meses estamos asistiendo de nuevo a la llegada de menores extranjeros no acompañados a la Comunidad de Andalucía. Estos menores se unen a otros jóvenes procedentes del norte de África que también han llegado a nuestro país en los últimos años. Conjuntamente, plantean un reto de extraordinaria magnitud a nuestras instituciones y a nuestra sociedad desde el punto de vista de la capacidad de acogida, de protección, de formación y de inserción social de estos jóvenes”<sup>452</sup>.

Es necesario entonces acercarse a la legislación andaluza referente a estas cuestiones. Para empezar hay que centrarse en lo dispuesto en el reformado Estatuto de Autonomía<sup>453</sup>. En su art. 12 establece que son destinatarios de las políticas públicas andaluzas y titulares de todos los derechos del Estatuto toda persona con vecindad administrativa en Andalucía, el art. 18 recoge una vez más la especial protección de la que son acreedores los menores de edad sin distinción y la primacía de su interés superior y el art. 37 prevé como principios rectores de las políticas públicas: La integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal, y la integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes.

En materia de competencias, el Estatuto en sus arts. 61, 62 y 63 establece

---

451Vid. En prensa electrónica: “El País”, 25 de enero de 2006:

[http://elpais.com/diario/2006/01/25/andalucia/1138144945\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/01/25/andalucia/1138144945_850215.html), [Fecha de consulta 5 de julio de 2011]

452Informe 2006

453Ley Orgánica de 19 de marzo de 2007, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

que son competencias de la CA de Andalucía: a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores. b) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. c) Las políticas activas de empleo.

Además, cabe mencionar la Ley de los derechos y atención al menor de Andalucía (Ley 1/1998 de 20 de abril). Esta Ley es la consecuencia del cambio producido en las últimas décadas en la conciencia social universal y fundamentalmente en el mundo occidental respecto del papel real que en la sociedad actual debe corresponder a los menores, lo que ha dado lugar al abandono de la tradicional concepción según la cual la atención de las necesidades de los menores es una función prácticamente exclusiva de los padres titulares de la patria potestad o de los tutores. Tal cambio implica la concepción generalizada de que los menores de edad deben ser considerados sujetos de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden, además de sujetos de aquellos derechos derivados de la especial protección que, por su propia dependencia de otros, les es debida<sup>454</sup>.

Su art. 2 dicta que todos/as los/as menores en Andalucía gozarán de todos los derechos reconocidos por los Tratados internacionales ratificados por España, por la Constitución (...), sin distinción por razón de nacionalidad y reconoce el interés superior del menor y el derecho a ser oído (arts. 3 y 14). El art. 9 por otro lado, establece la obligación de la administración andaluza de facilitar la integración social de los menores, haciendo una especial referencia a los menores extranjeros y a los menores inmigrantes no acompañados. El art. 19 dice: “Se potenciará el desarrollo de programas de formación profesional e inserción laboral de los menores sometidos a medidas de protección, con el fin

---

<sup>454</sup>Vid. Exposiciones de motivos de la LEY 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor

de facilitar su plena autonomía e integración social al llegar a su mayoría de edad.”

Es de nuestro interés señalar lo establecido por el art. 37 de la Ley del Menor de Andalucía:

“(apartado 2), al menos, durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Junta de Andalucía efectuará un seguimiento de aquéllos al objeto de comprobar que su integración socio-laboral sea correcta, aplicando la ayuda técnica necesaria, (apartado 3), para llevar a efecto lo señalado en el punto anterior, la Administración de la Junta de Andalucía podrá recabar la colaboración de los Servicios Sociales Comunitarios gestionados por las entidades locales, así como de cualesquiera otros organismos e instituciones públicas o privadas que se consideren convenientes, los cuales vendrán obligados a prestarla.

De manera parecida, el art. 41 de la Ley 1/1998 establece que: “ (...) compete a las Administraciones Públicas de Andalucía la responsabilidad en el seguimiento de las medidas por ellas adoptadas para la protección de los menores, así como de los recursos necesarios para la adecuada aplicación de tales medidas durante la vigencia de las mismas...”.

Durante el seguimiento “ (...), la administración competente podrá recabar la colaboración de otras administraciones, así como de cualesquiera otros organismos o instituciones públicos o privados que se consideren convenientes, los cuales vendrán obligados a prestarla siempre que resulte posible, en función de las atribuciones del órgano requerido.” La disposición adicional 8ª de la Ley del Menor de Andalucía concluye: “ La Administración de la Junta de Andalucía, en colaboración con la Administración del Estado, procurará la adecuada atención e integración social de los menores extranjeros que se encuentran en situación de riesgo o desamparo, durante el tiempo que éstos permanezcan en nuestra Comunidad Autónoma (...)”<sup>455</sup>.

---

<sup>455</sup>Es posible tener un cuadro más completo a través de la página web de la Asociación Pro

El contenido de la Ley andaluza parece recalcar sobre todo en tema de reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que establece la Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM), manifestando las buenas intenciones de considerar al menor de edad no solamente como verdadero sujeto jurídico de derecho sino también como persona que precisa ser integrado en la sociedad en la que vive.

Desde otra perspectiva lo que aquí parece un logro en realidad es la necesaria actitud de los poderes públicos para garantizar aquel derecho a la dignidad humana y al desarrollo de la personalidad bien recogido en el art. 10 de la Constitución Española<sup>456</sup>.

En consecuencia esta norma representa una de las herramientas sociales para construir los derechos humanos<sup>457</sup>.

---

Derechos Humanos de Andalucía: <[www.apdha.org](http://www.apdha.org)>.

456 De la misma manera se pronuncian las normas supranacionales: “En primer lugar, vale la pena, por tanto, recordar las fuentes internacionales de la dignidad humana que ponen de manifiesto su ligazón con la razón. Tras el preámbulo del estatuto de las Naciones Unidas de 1945 que reafirma la fe de los pueblos en la «dignidad y en el valor de la personalidad humana», el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 habla de la «recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family» considerados como «foundation of freedom, justice and peace in the world», y el primer artículo declara a todos los seres humanos «free and equal in dignity and rights»: «They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.». Esta última fórmula puede ser considerada la prueba histórica más importante del nexo entre dignidad y razonabilidad. El estar dotados de razón y conciencia, la idea de una «dote» natural o cultural del hombre, ligada a un deber de solidaridad o fraternidad, resulta inescindiblemente conectado con la declaración de la dignidad y de los derechos”, en LUTHER Jorg, “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, pág. 300

457 En este sentido Vid. DONNELLY Jack, “La construcción social de los derechos humanos”, *Revista Relaciones Internacionales*, núm. 17, junio de 2011 GERI – UAM, págs. 153-184

## **Capítulo IV**

### **IMMIGRAZIONE E IL MINORE D'ETÀ IMMIGRANTE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO**

**IV.1.** Evoluzione del modello d'immigrazione italiano, IV.1.A. Le migrazioni interne, IV.1.B. Immigrazione e declino industriale, IV.1.C. La Legge 943 del 1986

**IV.2.** La Legge “Martelli”, IV.2.A. I riconoscimenti della Legge “Martelli”, IV.2.A.a. L'integrazione sociale, IV.2.A.b. 1992: La legge sulla cittadinanza

**IV.3** Il disequilibrio albanese, IV.3.A. I rimpatri del 1991

**IV.4** La peculiarità del sistema italiano degli anni novanta, IV.4.A. Le tesi xenofobe, IV.4.B. Un nuovo Governo tecnico

**IV.5.** La Legge “Turco-Napolitano” e i flussi migratori, IV.5.A. Riconoscendo diritti, IV.5.B. Nuove caratteristiche

**IV.6** La Legge “Bossi-Fini”, IV.6.A. Gli elementi della nuova iniziativa legislativa, IV.6.B. La peculiarità della Legge.

**IV.7** L'immigrazione oggi.: la Primavera Araba, IV.7.A. Esiste una sfida?

**IV.8** L'integrazione del fenomeno migratorio, IV.8.A. Metodi d'integrazione, IV.8.B. L'importanza delle istituzioni territoriali, IV.8.C. L'educazione come forma d'integrazione, IV.8.D. L'insegnamento dell'italiano, IV.8.E. La salute degli stranieri, IV.8.F. Le politiche abitative, IV.8.G. Vita familiare seconde generazioni e ricongiungimenti, IV.8.H. Iniziative per migliorare la comprensione con le diverse fedi religiose, IV.8.I. Lotta alle discriminazioni, IV.8.J. La mediazione culturale

**IV.9** Il minore straniero non accompagnato

Tenido en cuenta que la Tesis opta para la mención de Doctor Internacional y tras la estancia de 3 meses desenvuelta en el *Centro di Ricerca Interdipartimentale per gli Studi Politico-costituzionali e di Legislazione Comparata* de la Universidad Roma Tre, Roma, Italia, este tercer capítulo que se desarrolla en lengua italiana trata del fenómeno de la inmigración en el sistema italiano. La elección del caso italiano es debida a la colocación geográfica. Italia, juntos con España es la frontera geográfica de entrada de la inmigración y aunque comparta con España algunos elementos jurídicos-legales, es necesario recorrer el proceso migratorio italiano para entender el alcance del mismo.

“La volontà di investire risorse nell’approfondimento del fenomeno nasce dalla consapevolezza che l’impatto della presenza dei minori soli sui territori comunali abbia, di fatto, determinato una revisione del sistema di welfare dedicato ai minori, condizionandone gli aspetti organizzativi e professionali. Il forte impatto e il coinvolgimento di questo processo sociale, dal 2000 ad oggi, ha segnato di fatto la storia stessa dei servizi socio-educativi rivolti ai minori”<sup>458</sup>.

#### **IV.1. EVOLUZIONE DEL MODELLO D'IMMIGRAZIONE ITALIANO**

L’ipotesi di modello mediterraneo dell’immigrazione nasce con riferimento alle caratteristiche migratorie abbastanza omogenee riscontrate in Italia, Grecia, Portogallo e Spagna.

Infatti, fattori di ordine demografico, politico, sociale ed economico, nonché

---

<sup>458</sup>Terzo Rapporto ANCI 2009 su “Minori stranieri non accompagnati”.



geografico, hanno contribuito alla trasformazione dell'Europa mediterranea da area caratteristica di emigrazione ad area di crescente immigrazione. È come se, nell'arco di questi ultimi trent'anni, la linea di confine tra queste due realtà si fosse spostata verso Sud, andandosi a collocare tra Europa Mediterranea e sponda sud del Mediterraneo.

“Secondo dati recenti sugli sviluppi demografici, la popolazione europea, sebbene in diversi paesi sia diminuita, a livello aggregato dell'Ue e dell'Europa nel suo insieme, ha continuato a crescere. La principale causa di tale crescita è stata la migrazione, che ha compensato la variazione naturale negativa verificatasi di recente in alcuni paesi”<sup>459</sup>.

In generale, riferendosi al modello mediterraneo d'immigrazione, si considerano tutti i paesi mediterranei dell'UE ad eccezione della Francia. Volendo risalire all'inizio della loro trasformazione da paesi di emigrazione a paesi d'immigrazione occorre far riferimento all'allargamento dell'entità e delle traiettorie dei flussi migratori, che ha praticamente coinciso con l'avvio delle politiche di “stop”, a partire dalla prima metà degli anni Settanta, da parte dei classici paesi d'immigrazione, come la Francia o la Germania.

I flussi diretti verso queste nuove mete sembrano non discostarsi in maniera significativa da quelli che connotano gli altri paesi europei, mentre è la composizione che li caratterizza ad apparire particolarmente eterogenea e

---

<sup>459</sup>CARUSO Immacolata, VENDITTO Bruno, “*I flussi migratori Immigrazione in Europa: analisi della legislazione*”, s.a., s.e., “In Europa, ed in particolare nell'Ue a 27, un'area con circa mezzo miliardo di residenti, gli stranieri hanno raggiunto, nel 2006, la soglia di 30 milioni di persone, con una variazione, rispetto al 2000, pari al 33,2 per cento (...). Nel periodo compreso tra il 2000 e il 2006, la maggior parte di essi risiedeva in Francia, Germania, Regno Unito, Italia e Spagna. In particolare, nel 2006, gli stranieri residenti in questi cinque paesi rappresentavano il 74 per cento del totale degli stranieri residenti nell'Ue 27. Più dettagliatamente, a livello nazionale, nei paesi di vecchia immigrazione (Francia e Regno Unito) la presenza degli immigrati è, nel periodo preso in esame, rimasta pressoché stabile, o leggermente diminuita (Germania), mentre nei paesi di nuova immigrazione (quelli mediterranei) essa è andata aumentando. Tale incremento è stato particolarmente rilevante per la Spagna, dove gli stranieri sono aumentati, tra il 2000 e il 2006, di oltre 3 milioni di persone”.

multietnica, pur mostrando una certa preponderanza di provenienze dagli altri paesi non comunitari del mediterraneo.

Altra caratteristica peculiare di queste nuove mete d'immigrazione è ben evidente nella coesistenza tra cospicue presenze di immigrati ed elevati livelli di disoccupazione, situazione questa attribuibile, da una parte, alle generali tendenze del mercato del lavoro e, dall'altra, ai forti cambiamenti della domanda di lavoro.

Proprio per via di quest'ultimo aspetto, la forza lavoro immigrata è costretta, in molti casi, ad accontentarsi di occupazioni precarie e non regolari. “Lo sviluppo di un sistema economico porta con sé la necessità di norme e istituzioni che presiedono al corretto funzionamento dei mercati e alle quali imprese e lavoratori si devono adeguare affinché le potenzialità dei soggetti economici che su tali mercati operano si dispieghino appieno e producano effetti sociali positivi. D'altra parte, affinché vi sia crescita e progresso tecnico, occorre iniziativa, spontaneità, intraprendenza e propensione al rischio da parte degli agenti economici, viceversa si rischia una perdita di vitalità e di innovazione.

Le due (apparentemente opposte) dinamiche si compongono nelle regole a tutela della concorrenza, nel rispetto del sistema fiscale, previdenziale e infortunistico, nelle misure a sostegno dell'imprenditorialità e delle opere d'ingegno senza le quali l'efficienza economica e la coesione sociale possono risultare fortemente indebolite”<sup>460</sup>. In particolare, agli inizi dell'esperienza migratoria, gli immigrati nei paesi mediterranei si sono per lo più concentrati in occupazioni stagionali di tipo agricolo e solo successivamente si sono riversati nel settore terziario, in particolare, nell'ambito dei servizi alle

---

<sup>460</sup>LUCIFORA Claudio, “Economia sommersa e lavoro nero”, on line:

[www.brunochiarini.it/Paper/lucifora.pdf](http://www.brunochiarini.it/Paper/lucifora.pdf)

persone. L'impiego in questo settore non è affatto casuale, visto che il sistema di *welfare* dei paesi mediterranei si rivela particolarmente carente.

L'occupazione precaria insieme alla consistenza della presenza immigrata femminile (collocata per lo più nel settore dei servizi) sono, infatti, due tra le principali caratteristiche che connotano il modello mediterraneo. D'altra parte, l'occupazione degli immigrati nell'industria resta prerogativa di aree economiche ben delimitate, in cui l'immigrazione ha assunto connotazioni più stabili e garantite<sup>461</sup>.

“Per quanto riguarda in maniera specifica l'ambito delle politiche migratorie, è interessante sottolineare come nei paesi mediterranei manchi una tradizione consolidata. Si è generato una sorta di paradosso per cui, da una parte, la mancanza di norme specifiche ha rappresentato inizialmente un incentivo all'ingresso, mentre, dall'altra, ha lasciato gli immigrati, soprattutto all'inizio, in condizioni di illegalità. Infatti, è proprio sul terreno delle politiche migratorie (o delle iniziali “non politiche migratorie”) che si fa spesso riferimento a una sorta di “modello mediterraneo”. Con una fondamentale distinzione, però.

Sul piano delle politiche d'integrazione si è in un primo momento assunto un atteggiamento piuttosto passivo (almeno a livello fattivo anche se non necessariamente “sulla carta”), che ha generato inevitabili e concatenati ritardi nell'attuazione delle normative, ora rivitalizzate sulla spinta della legislazione comunitaria.

Sul versante delle politiche per l'immigrazione, invece, sono state progressivamente introdotte misure di sostanziale chiusura ai flussi migratori

---

<sup>461</sup>Facendo riferimento all'Italia, ad esempio, l'offerta di lavoro locale del Nord-est non è in grado di soddisfare la crescente domanda di lavoro industriale (più che altro delle piccole e medie imprese) e, quindi, l'offerta di lavoro immigrato si pone in un'ottica di complementarità, se non di effettiva necessità.

dai paesi non UE, omogeneamente indirizzate in tre direzioni: lotta contro l'immigrazione illegale, gestione delle politiche d'asilo sempre più condizionata e gestione dei visti e dei permessi di entrata. Altro tratto caratteristico è da attribuire al largo uso (soprattutto in Italia e Spagna) delle procedure di regolarizzazione che nei paesi ad immigrazione consolidata non sono considerate come una soluzione altrettanto allettante”<sup>462</sup>.

L'Italia è stata, per circa un secolo, uno dei maggiori paesi d'emigrazione ed è solo durante la seconda metà degli anni Settanta che il paese ha iniziato ad essere meta di flussi d'immigrazione dal Terzo Mondo e dall'Europa Orientale, non tanto per un esaurimento del ruolo di paese d'emigrazione ma per una trasformazione delle funzioni, delle caratteristiche e della dimensione della nostra emigrazione.

Il fenomeno migratorio si è adeguato, infatti, a partire dal secondo dopo guerra, alle modifiche strutturali che hanno trasformato la società italiana. L'unica fonte statistica in grado di dare una visione complessiva e di lungo periodo dell'emigrazione italiana è rappresentata dai dati sugli espatriati e sui rimpatriati: la prima rilevazione avviata nel 1876, la seconda nel 1921.

Queste statistiche presentano una quantificazione di larga massima ma sono uno strumento conoscitivo di grande utilità. Il volume totale della nostra emigrazione dal 1876 è stato superiore ai 26 milioni d'espatri, cui ha corrisposto un flusso di ritorno di poco inferiore ai 9 milioni d'unità dal 1905 al 1981<sup>463</sup>. L'esame di questi dati permette di individuare diverse fasi nella storia dell'emigrazione italiana.

La prima, che risale al 1876 e si concluse all'inizio del Novecento, era

---

<sup>462</sup>GUARNERI A., *Le politiche migratorie nei paesi mediterranei dell'Unione Europea nell'ultimo quindicennio: dimensione comunitaria e peculiarità nazionali* IRPPS-CNR, Working Paper 05/2005, <[www.cestim.it](http://www.cestim.it)>

<sup>463</sup> CARITAS di Roma, *Materiali di studi e ricerche*, Roma, 1984, pag.5

caratterizzata dalla crescita del fenomeno, che, infatti, si incrementò dai 100 mila espatriati per anno a oltre 300 mila. In questo periodo, la corrente migratoria si dirigeva verso la Francia e la Svizzera e le regioni più interessate furono quelle settentrionali.

Le mete principali dell'emigrazione continentale, invece, furono ancora la Francia e la Svizzera con l'aggiunta della Germania. In questo periodo anche la componente meridionale aumentò fino a costituire poco meno della metà del flusso in uscita. Gli eventi bellici legati alla Prima Guerra Mondiale e la piena attuazione della politica antimigratoria del governo fascista, applicata gradualmente dal 1924 e totalmente a partire dal 1928, determinarono una grande contrazione dell'emigrazione. Gli effetti di questa politica, sommati a quelli della grande crisi economica del 1929, determinarono una forte diminuzione della possibilità di trovare un lavoro.

Dopo il secondo conflitto mondiale, l'emigrazione riprese con grande vigore, tanto che, tra il 1945 e il 1965 la quota italiana arrivò a rappresentare in molti paesi europei la quota più cospicua dell'immigrazione. Nel territorio nazionale si registrò una progressiva meridionalizzazione dei flussi d'emigrazione, effetto della riduzione delle partenze dalle altre tradizionali aree d'esodo dell'Italia, quale quella nordorientale.

In questo periodo era preponderante il movimento di uomini soli, appartenenti alle fasce d'età giovanili o centrali (16÷45 anni) che emigrano senza alcuna prospettiva d'integrazione stabile nei paesi di destinazione ma "con l'obiettivo di guadagnare il massimo nel minor tempo possibile, onde ricongiungersi presto con la propria famiglia per lo più nel paese di partenza"<sup>464</sup>.

---

<sup>464</sup> ASCOLI U., *Movimenti migratori in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1979, pag.65

Dal 1946 il governo italiano individuò nell'emigrazione un rimedio importante al problema della disoccupazione ed un modo per smorzare le tensioni sociali del paese; da ciò, ne derivò un intenso impegno per cercare di stipulare accordi bilaterali con i paesi interessati a ricevere manodopera italiana e per tutelare i connazionali durante il viaggio e la permanenza all'estero.

Francia e Belgio nel periodo 1946-57, raccolsero il 46% degli emigranti. In Francia trovarono lavoro per lo più nel settore dell'edilizia, in agricoltura e in quello metallurgico, per svolgere mansioni rifiutate dalla manodopera locale perché giudicate faticose, meno remunerative o pericolose.

In Belgio, invece, 50.000 italiani erano impiegati nelle miniere di carbone in base ad un accordo stipulato il 23 Giugno del 1946, secondo cui per ogni italiano che fosse andato a lavorare nelle miniere si sarebbero ottenuti 24 quintali di carbone<sup>465</sup>.

#### IV.1.A. LE MIGRAZIONI INTERNE

Il fenomeno che maggiormente sconvolse il nostro paese, in questo dopoguerra, era rappresentato dalle migrazioni interne che, a partire dagli anni Cinquanta avvennero parallelamente al deflusso verso l'estero: tra il 1955 e il 1970. 25 milioni d'italiani si spostarono sul territorio. Circa 20 milioni di questi spostamenti erano di breve raggio, cioè tra comuni e province di una stessa regione mentre la parte rimanente riguardava movimenti da regione a regione. Le correnti migratorie interne seguirono molteplici percorsi: le

---

<sup>465</sup>GONZATO F., "Fino al 2000 e ritorno", in *Libro Agenda*, 1997, [www.cronologia.it](http://www.cronologia.it)

direzioni principali erano quelle che andavano dalla montagna alle coste e dalla pianura e dai piccoli centri alle grandi città, mentre su scala nazionale i maggiori spostamenti avvenivano tra le regioni dell'est (dal Veneto in particolare) e quelle dell'ovest e in tempi di poco successivi tra il meridione e il settentrione d'Italia. Tra il 1950 e il 1970 il Mezzogiorno ebbe un saldo migratorio negativo di oltre due milioni d'abitanti<sup>466</sup>.

Quest'imponente processo di redistribuzione geografica non ebbe riscontri in nessun altro paese europeo; era determinato dalla crescita delle opportunità di lavoro innescata dallo sviluppo economico concentrato nella parte nordoccidentale del paese, il cosiddetto "triangolo industriale", compreso tra i poli di Milano, Torino e Genova.

Alla domanda d'occupazione delle aree settentrionali, dove, tra l'altro, il tasso d'incremento naturale della popolazione era assai basso, corrispondeva la presenza di una forte disoccupazione soprattutto al sud e, in particolare, tra i lavoratori agricoli. Si trattava di un dato strutturale che connotava nel lungo periodo la storia socio-economica italiana.

L'emigrazione concorreva all'innalzamento del livello di vita della comunità d'origine, da cui derivano profonde trasformazioni degli usi e dei costumi che avvicinarono il meridione alla società consumistica delle città industriali del nord<sup>467</sup>.

Con gli anni Settanta la mobilità geografica interna si affievolì e si chiuse l'ultima fase dell'emigrazione di massa verso l'estero. Esito di questo lungo periodo era la formazione di una vasta comunità italiana residente fuori dai confini nazionali che ammonta a circa 4,4 milioni di persone distribuite per il

---

<sup>466</sup>Vid. per esempio: PUGLIESE Enrico, SABATINO Dante, *"Emigrazione, immigrazione"*, Alfredo Guida Editore, 2006

<sup>467</sup>TONIZZI E., *Le grandi correnti migratorie del 900*, Torino, Paravia Scriptorum, 1999, pag. 35

35,3% in Europa, il 10,9% in Nord America, il 49,7% in America latina, il 2,1% in Oceania e l'1,6% in Africa<sup>468</sup>.

L'Italia venne investita dai flussi migratori nel momento in cui i maggiori paesi europei iniziarono a scoraggiare l'immigrazione, queste nuove entrate non furono accompagnate da alcun modello di riferimento sui progetti di accoglienza.

L'Italia agli inizi degli anni '70, non risultava più tra i paesi di emigrazione, ma allo stesso tempo non era nemmeno un paese investito da forti flussi migratori, come gli altri paesi europei industrializzati. La presenza degli immigrati in Italia in questo periodo cominciò a farsi sentire a causa delle chiusure delle frontiere dei tradizionali paesi di emigrazione europea.

Si può quindi constatare che l'immigrazione in Italia era nata da *push factors*, cioè da fattori di espulsione dal paese di origine, più che da *pull factors*, fattori di attrazione del paese di destino. L'Italia per la maggior parte dei migranti rappresentava una situazione di ripiego.

“L'afflusso dei lavoratori provenienti dai paesi in via di sviluppo verso l'Italia era caratterizzato dal loro impiego in attività di basso prestigio e di bassa remunerazione economica, con condizioni peggiori di quelle degli italiani: lavoro domestico e terziario arretrato dei servizi alle persone o comunque il commercio ambulante, l'agricoltura, l'edilizia: tunisini in Sicilia e domestiche di diverse origini richieste dalle famiglie italiane nel resto d'Italia segnano l'inizio della trasformazione del nostro paese da paese d'emigrazione a paese d'immigrazione”<sup>469</sup>.

L'immigrazione in Italia non è stata quindi una scelta, ma è nata come

---

<sup>468</sup> BONIFAZI C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1998, pag. 23

<sup>469</sup> DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa*, Roma, Ediesse, 2004, págs. 66-67



conseguenza di una imprevidenza collettiva dovuta sia a una sottovalutazione del problema che ad una mancanza di una cultura in materia. Gli arrivi sono avvenuti al di fuori di ogni controllo e in un contesto caratterizzato da una totale carenza di provvedimenti organici a livello nazionale, sia per quanto concerne il contenimento dei flussi sia per le misure di accoglienza e di integrazione.

Veniva così affidato al libero gioco del mercato del lavoro il compito di scoraggiare le entrate e la permanenza, mentre veniva lasciato agli enti locali e alle organizzazioni assistenziali il compito di far fronte alle emergenze,<sup>470</sup> negli anni Settanta la posizione giuridica degli stranieri veniva regolamentata in larga misura con circolari ministeriali.

I primi arrivi, risalenti agli inizi degli anni Settanta, riguardarono soprattutto Tunisini che trovarono lavoro in Sicilia specie nel settore della pesca e dell'agricoltura; donne somale, eritree, salvadoregne, colombiane, capoverdiane e filippine che grazie alle organizzazioni ecclesiali arrivarono praticamente sicure di trovare lavoro presso qualche famiglia come domestiche; cinesi, polacchi e lavoratori provenienti dall'allora Jugoslavia, i quali vennero assunti per la ricostruzione edile in seguito al terremoto in Friuli.

A questi arrivi per motivi economici bisognava aggiungervi i profughi per motivi politici di quel periodo: argentini, brasiliani, cileni, uruguaiani, paraguaiani, salvadoregni, palestinesi, libanesi, eritrei, etiopi, somali, iraniani, curdi, vietnamiti e tamil.<sup>471</sup> Secondo i dati del Ministero degli Interni ( basati sui permessi di soggiorno rilasciati dalle questure) il numero degli stranieri legalmente presenti in Italia raddoppiò nel corso degli anni Settanta passando

---

<sup>470</sup>DELLE DONNE M., MELOTTI U., PETILLI S., *Immigrazione in Europa*, CEDISS, Roma, 1993, pag. 24

<sup>471</sup>DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa*, op.cit., pag. 67

da circa 100.000 del 1970 ai circa 200.000 nel 1979.<sup>472</sup>

“Una impennata si ebbe tra il 1979 e il 1980 quando si passò da 205.449 a 298.749<sup>473</sup> con un incremento del 45,4%. In realtà in questo periodo non si verificarono avvenimenti particolari, ma solo si modificò il sistema di registrazione dei permessi di soggiorno. Fino al 1970, infatti, le statistiche riguardavano gli stranieri presenti in Italia con un permesso di soggiorno superiore a tre mesi, mentre dal 1980 in poi vengono presi in considerazione anche i permessi di soggiorno con durata superiore ad un mese”<sup>474</sup>.

L'Italia passò ufficialmente da paese di emigrazione a paese di immigrazione nel 1981, quando il saldo migratorio risultò positivo. L'aumento dell'immigrazione aumentò di anno in anno e benché tali aumenti non rimasero sempre al di sotto della soglia del 10%, questi aumenti consentirono di superare i 400.000 soggiornanti nel 1984.<sup>475</sup>

#### IV.1.B. IMMIGRAZIONE E DECLINIO INDUSTRIALE

Mentre la tradizionale emigrazione intraeuropea andava di pari passo con lo sviluppo del processo d'industrializzazione, l'immigrazione verso l'Italia ha avuto luogo in una fase di deindustrializzazione e terziarizzazione dell'economia e in un contesto d'estensione della fascia secondaria del mercato del lavoro e dell'economia informale.

E' in quest'area occupazionale che trovarono prevalente collocazione gli

---

<sup>472</sup> *Ibidem*

<sup>473</sup> DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa*..op.cit.pag. 71

<sup>474</sup> CARITAS Roma/ Migrantes, “ 35 anni di immigrazione in Italia: una politica a metà guado”, *Studi emigrazione*, XLII, n. 158, 2005, pag. 423

<sup>475</sup> *Ibidem*

immigrati. Inoltre l'Italia ai primi anni Ottanta aveva un tasso di disoccupazione del 12% su base nazionale e del 20% nel Mezzogiorno contassi più elevati per alcune categorie ( la disoccupazione femminile superava il 15% e quella giovanile il 25% su base nazionale ed entrambe superavano il 40% nel Meridione.<sup>476</sup>

Al rapido e continuo aumento dei flussi si è accompagnato un significativo cambiamento qualitativo, cominciato dalla metà degli anni Ottanta, periodo in cui si verificarono delle problematiche di difficile soluzione quali: un incremento più che proporzionale delle immigrazioni socialmente e culturalmente più lontane come quelle provenienti dal Maghreb, dall'Africa sub-sahariana e dal Pakistan; una crescente difficoltà del mercato del lavoro ad assorbire i flussi, col conseguente aumento della disoccupazione e delle attività irregolari e precarie; l'esplosione dell'emergenza casa, con la trasformazione in dormitori sovraffollati delle pensioni economiche di alcuni quartieri e la costruzione da parte dei Comuni di "centri di prima accoglienza" che hanno concorso a ghettizzare gli immigrati e a suscitare reazioni xenofobe fra la popolazione della zona; un aumento dei legami tra la malavita organizzata e gli immigrati, soprattutto per quanto concerne lo spaccio di droga al minuto, diventato monopolio di alcuni gruppi (per esempio degli slavi) e, infine, l'aumento fra gli immigrati di alcune forme di marginalità sociale come la prostituzione femminile (sudamericane e africane) e maschile (maghrebini e asiatici) mascherata a volte in attività del terziario più improduttivo come fotomodella, massaggiatrice, ballerina, nonché quella di strada, ormai prevalente, dei travestiti e dei *viados* del Brasile<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup>DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa*, op.cit. p. 71

<sup>477</sup>MELOTTI U., "La sfida dell'immigrazione: aspetti generali e problemi specifici del caso italiano" in *Minoranze etniche ed immigrazione*, 2004, pág. 65

La risposta al fenomeno migratorio fino a questo momento fu di generale *laissez faire*: nessun progetto sociale complessivo, nessun orientamento preciso in materia di integrazione, nessun intervento per tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico.

“L'assistenza ridotta ai minimi termini, era per lo più delegata alla Caritas o ad altre organizzazioni di ispirazione cattolica vicine alla Chiesa e al partito di maggioranza relativa di allora, la Democrazia Cristiana, e, in misura minore, alle associazioni sindacali e parasindacali e ai patronati vicini ai tre maggiori partiti dell'epoca: la DC, il PCI e il PSI.”<sup>478</sup>

#### IV.1.C. LA LEGGE 943 DEL 1986

In questa situazione in cui la presenza immigrata aumentava notevolmente senza alcun controllo né capacità di integrazione, nacque la necessità di creare una nuova legge sull'immigrazione, questa esigenza nasceva soprattutto tra le organizzazioni che si occupavano di immigrazione che formarono il “Comitato per una legge giusta” per far sì che la nuova legge sull'immigrazione avesse uno stampo democratico.<sup>479</sup>

La Legge n.943 del 1986, firmata dal presidente del Consiglio Bettino Craxi e dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale Gianni De Michelis, entrambi socialisti, diede quindi le linee di principio generali "in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori immigrati" e norme contro le immigrazioni clandestine. Sulla carta essa garantì parità di diritti sociali e civili

---

<sup>478</sup> DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa, op. cit. p.74*

<sup>479</sup> RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, pag. 39

(non politici) a quanti fossero legalmente residenti nel territorio italiano e istituì una commissione incaricata di controllare l'applicazione degli accordi bilaterali stipulati per disciplinare i flussi migratori, una consulta e apposito servizio “per i problemi dei lavoratori immigrati extracomunitari e delle loro famiglie”.

Tale legge richiedeva alle commissioni regionali per l'impiego il compito (non così semplice) di programmare l'utilizzazione della manodopera straniera "sulla base delle esigenze accertate del mercato del lavoro", agli enti locali di residenza l'onere di facilitare l'inserimento e la disponibilità di idonei alloggi e alle Regioni l'incarico di promuovere corsi di lingua e cultura italiana.

Ci fu una sanatoria che regolarizzò 115.000 persone che riuscirono a dimostrare di essere già stati presenti in Italia prima del 31 dicembre 1986 e di avere un lavoro dipendente o di cercarlo attivamente. Con la sanatoria del 1987, che si protrasse per due anni, infatti, si passò da 450.277 a 572.103 soggiornanti, con un aumento del 27,1%.<sup>480</sup>

La Legge dimostrò poca capacità di analisi del fenomeno e ancora meno di previsione: pochissimi datori di lavoro vollero regolarizzare la condizione lavorativa degli immigrati che erano disposti a lavorare sottopagati senza diritti sindacali; la legge inoltre faceva riferimento solo al lavoro dipendente come se si trattasse di un modello migratorio simile in tutto a quello degli anni Cinquanta, quando lavoratori del Sud Italia si trasferirono al Nord in cerca di lavoro: precarietà e lavoro autonomo come può essere l'ambulantato non furono previsti.

“Le migrazioni internazionali di oggi sono, infatti, caratterizzate in gran parte dalla condizione operaia o del lavoro dipendente, mentre nella percezione e

---

<sup>480</sup>Caritas Roma/ Migrates, “ 35 anni di immigrazione in Italia...”, op.cit, p.423

nella normativa corrente viene negato al migrante quanto concesso medianamente al turista di massa o ai grandi rentiers, cioè di muoversi per curiosità del mondo o grazie al salvacondotto del denaro finanziario”<sup>481</sup>.

---

<sup>481</sup>Vid. ZANIN Valter, *“Immigrazione e lavoro coatto”*, in “COIN Francesca, *“Gli immigrati, il lavoro, la casa. Tra segregazione e mobilitazione”*, Politiche migratorie, Francoangeli, 2004, pag. 43

## **IV.2. LA LEGGE “MARTELLI”**

Lo sviluppo della breve storia dell'immigrazione italiana era legata ad eventi particolari che suscitarono l'interesse dell'opinione pubblica e sollevarono i primi dibattiti sul razzismo. In particolare questi dibattiti nacquero in seguito alla crescita dei movimenti xenofobi, in particolare nel 1988 nacquero le prime discussioni parlamentari in materia, il razzismo non rappresentava quindi un tabù per il governo italiano, ma vi era la tendenza dei ministri democristiani ad analizzare le manifestazioni razziste nella società italiana.

Fu proprio la Democrazia Cristiana (DC), ad avere un ruolo cruciale nella Commissione Inquirente durante la preparazione della nuova legge sull'immigrazione, nonostante poi tale legge venne presentata dal Ministro della Giustizia Claudio Martelli (PSI)<sup>482</sup>.

---

<sup>482</sup>Martelli ha frequentato il liceo classico "Giosuè Carducci" di Milano, lo stesso frequentato da Massimo Fini (che gli fu compagno di banco), Bettino Craxi e Gerry Scotti. Laureato in filosofia, ha lavorato come assistente nella facoltà di Lettere e filosofia dell'Università di Milano. Aderisce all'unità socialista nel 1966 e comincia la carriera nei quadri locali milanesi socialisti. Viene chiamato a Roma da Bettino Craxi nel 1976, lascia la carriera accademica ed entra nella direzione nazionale del Partito Socialista Italiano. Nel 1979 viene eletto deputato nel collegio di Mantova e Cremona. In occasione del congresso del PSI a Palermo (1981) diviene uno dei due vicesegretari del partito accanto a Valdo Spini. Nel 1984 al congresso di Verona diviene vicesegretario unico. È eletto al Parlamento Europeo nei collegi di Roma, Firenze, Perugia, Ancona. È nuovamente rieletto deputato nel 1987 nei collegi di Mantova e Cremona e Palermo, Trapani, Agrigento, Caltanissetta. Su indicazione di Craxi, nel luglio 1989 diviene vicepresidente del Consiglio dei ministri del governo Andreotti. Nel 1990 è autore di un importante decreto-legge sull'immigrazione che di lui porta il nome (convertito in legge, legge Martelli). Nel 1991 diviene anche Ministro di Grazia e Giustizia. Come Guardasigilli Martelli diventa il principale sostenitore del magistrato Giovanni Falcone, che viene da lui chiamato al Ministero a dirigere la Direzione Generale degli Affari Penali. In quel periodo Martelli e Falcone lavorarono al progetto della Superprocura antimafia. La vicinanza di Giovanni Falcone a Claudio Martelli costò al magistrato siciliano violenti attacchi da parte del PCI/PDS e del sindaco di Palermo Leoluca Orlando: quest'ultimo sferrò un attacco personale a Falcone durante il programma televisivo "Maurizio Costanzo Show", accusandolo di "tenere nei cassetti i dossier". La nomina di Falcone all'UAP fu peraltro valutata negativamente dall'Associazione Nazionale Magistrati. Anche sul fronte opposto l'impegno antimafia del

In particolare tale dibattito era nato nell'agosto del 1989 quando il sud africano Jerry Essan Masslo<sup>483</sup> fu assassinato a Villa Literno (Caserta). In queste zone vi era una alta presenza di immigrati che venivano sfruttati dalla camorra locale nella raccolta di pomodori e nell'industria del pesce, venivano sottopagati e precettati giornalmente.

Il caso Jerry Masslo divenne il simbolo dello sfruttamento dei lavoratori immigrati e delle loro deprecabili condizioni di vita. In seguito a tale evento

---

Ministro fu ferocemente criticato, in quanto suppostamente in conflitto con scambi elettorali che in precedenza avrebbero visto confluire di consensi siciliani sul PSI: pentiti come Angelo Siino, Antonino Giuffrè e Gaspare Spatuzza lamentarono - nelle loro confessioni di un decennio dopo - che «quei quattro “crasti” socialisti (...) prima si erano presi i nostri voti, nell'87, e poi ci avevano fatto la guerra». L'addebito fu risolutamente respinto da Martelli, che si è sempre riconosciuto solo nella seconda parte della frase, quella per cui lui stesso dice di sé: "sono io uno di quei “crasti” (cornuti) socialisti che hanno fatto la guerra alla mafia». Durante Tangentopoli, nel 1993, Martelli è candidato ad assumere la guida del PSI, ma a seguito di un avviso di garanzia - per concorso sulla bancarotta fraudolenta del Banco Ambrosiano, da cui il PSI aveva attinto il "conto protezione" su cui per quindici anni i giudici di Milano avevano invano indagato, fino alle decisive chiamate in correità di Licio Gelli e Silvano Larini - il 10 febbraio si dimette da ministro della Giustizia. Successivamente, fonderà l'associazione umanitaria Opera e quella civile Società Aperta nel 1996. Diventa direttore di Mondoperaio nel 1997. Durante lo scandalo Tangentopoli, è stato anche condannato, dopo aver confessato, per aver ricevuto 500 milioni di lire nel caso della maxitangente Enimont. Nel 1998 è consulente del Ministro Livia Turco nella commissione per le politiche d'integrazione degli immigrati e della consultazione degli immigrati, incarico da cui si dimette a seguito di divergenze politiche con il governo. È eletto eurodeputato nel 1999 per lo SDI nella circoscrizione Marche-Umbria-Toscana-Lazio. Esce dallo SDI nel 2000 e successivamente aderisce al Nuovo PSI. È espulso di conseguenza dal gruppo socialista al Parlamento Europeo ed entra in quello liberaldemocratico. Nel 2001 fonda assieme a Gianni De Michelis e Bobo Craxi il Nuovo PSI, di cui diventa portavoce. Abbandona la politica ancora una volta nel 2005, stavolta definitivamente. Nel 2005 conduce il programma televisivo Claudio Martelli racconta su Canale 5; conduce dal 22 settembre 2005 fino al 27 aprile 2006 il programma di seconda serata L'incudine su Italia 1; nell'autunno 2006 conduce Flash Back, su Canale 5, la mattina del sabato. Sempre dal 2005 cura fino al 2008 un suo spazio editoriale: Osservatorio, sul settimanale Oggi. Un anno dopo, torna in tv, stavolta a spiegare, attraverso appuntamenti giornalieri su Canale 5, la Costituzione Italiana. Nel 2011 si candida per il consiglio comunale di Siena, nelle file del terzo polo, ma non viene eletto.

Fuente: Wikipedia

<sup>483</sup>1989 è l'anno in cui muore Jerry Essan Masslo, sudafricano rifugiatosi in Italia per sfuggire alle persecuzioni razziali del suo Paese (pochi mesi dopo viene liberato in Patria Nelson Mandela), ucciso nel corso di una rapina da giovani balordi di Villa Literno; grazie a quella morte milioni di cittadini in provincia di Caserta e d'Italia acquistano coscienza del problema immigrazione



gli attivisti, le organizzazioni umanitarie, gli intellettuali e i partiti politici cominciarono a denunciare le difficoltà legate alla condizione giuridica dello straniero e alle condizioni di vita degli immigrati.

Dopo l'estate del 1989 le organizzazioni cattoliche, i sindacati e il partito comunista diedero vita ad un movimento volto a migliorare le condizioni degli immigrati, ma soprattutto richiedevano un intervento politico in materia. Nel novembre 1989 organizzarono una manifestazione nazionale antirazzista alla quale presero parte un elevato numero di comunità di immigrati e personalità di diversi partiti politici.

Sia il dibattito politico creato dai movimenti che la manifestazione furono presentati come grandi eventi dai *mass media* e crearono le condizioni per una presentazione della Legge Martelli come una misura liberale ed egualitaria. Inoltre nella preparazione della Legge e anche successivamente, vennero sempre contattate le parti sociali. Si sottolineò come le organizzazioni non governative che si occupavano di immigrati, le associazioni e i sindacati ebbero un effetto decisivo nella stesura della Legge e nel creare un consenso collettivo su tale atto, nonostante in tale legge fossero presenti anche delle misure restrittive.

#### IV.2.A. I RICONOSCIMENTI DELLA “LEGGE MARTELLI”

La Legge Martelli riconosceva ai lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia la parità di trattamento e la piena eguaglianza giuridica con i lavoratori italiani. Assicurava loro il diritto al ricongiungimento familiare e affermava per loro e per i loro coniugi, il diritto dei servizi sociali e sanitari, all'abitazione e alla scuola. Riconosceva il diritto degli immigrati di

organizzare proprie associazioni e di mantenere la propria identità culturale.

In particolare vi furono due aspetti che migliorarono la condizione giuridica dello straniero, la prima riguardava il fatto che veniva garantito un permesso di soggiorno non solo ai lavoratori immigrati dipendenti ma anche a chi aveva una attività in proprio<sup>484</sup>. Il secondo aspetto riguarda l'asilo politico e in particolare l'eliminazione della clausola che l'Italia aveva posto alla Convenzione di Ginevra del 1951, tale clausola limitava le domande di asilo ai soli cittadini europei, mentre con la legge Martelli veniva estesa praticamente a tutti i Paesi, anche se nella pratica non sarà così, infatti le domande di asilo in Italia rimasero molto basse<sup>485</sup>.

Gli articoli della legge Martelli che furono trattati più seriamente, attraverso l'implementazione istituzionale furono quelli che riguardavano il controllo dell'immigrazione, secondo alcuni studiosi quali Veugelers<sup>486</sup> “questo decreto era condizionato dalla politica estera degli alti burocrati italiani che volevano dimostrare alla EC che l'Italia era seria nel controllo dell'immigrazione”.

Infatti ciò che gli altri paesi europei richiedevano all'Italia ,per entrare a far parte degli Accordi di Schengen - l'Italia firmerà il Trattato sulla libera circolazione e sul controllo dei confini, nel 1990<sup>487</sup> - era di creare una specifica condizione giuridica dello straniero, in modo da poter distinguere gli

---

484Nella Legge Martelli non si fa riferimento al “Permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo”: “Tale autorizzazione rappresenta una novità della più recente legislazione sugli stranieri, non essendo tale istituto conosciuto né nel Testo unico delle leggi di PS né nella Legge Martelli”, in LUPO Ornella, “*Il controllo di polizia sugli stranieri. Manuale pratico in materia di diritto dell'immigrazione*”, Maggioli Editore, 2009, pag. 99

485Per conoscere dettagliatamente la procedura per proporre la domanda d'asilo secondo la Legge Martelli, Vid. “OLIVIERI Maria Silvia (coord.), “*La protezione negata. Primo rapporto sul diritto d'asilo in Italia*”, ICS Consorzio Italiano di Solidarietà, Feltrinelli, 2005, págs. 38-39

486VEUGELERS R., Immigration, racism and multiculturalism in Italy, Brighton, CED, 1994, <www.sussex.ac.uk>, p.41

487Il Parlamento italiano approvò l'adesione agli Accordi di Schengen nel 1993, l'entrata in vigore di tale atto, fece introdurre delle variazioni alla legge Martelli in vari punti: rifiuto al confine, richiesta di visti e esclusione di alcuni paesi di origine sulla base degli accordi di Schengen.

immigrati legali da quelli illegali ed attuare delle politiche volte a scoraggiare l'entrata di altri immigrati illegali o espellere quelli già presenti sul territorio in modo da soddisfare la necessità di una armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia.

Le premesse dell'Italia negli Accordi di Schengen erano già desumibili dalle parole del Ministro Claudio Martelli, durante la presentazione della legge in parlamento il 18 ottobre 1989. Infatti egli fece solamente dei cenni ai principi politici di tipo umanitario che avevano ispirato la Commissione per la stesura mentre affermò che: "Il governo valuterà attentamente tempi e modalità dell'eventuale adesione all'accordo di Schengen, attraverso il quale alcuni dei paesi della comunità intesero programmare la regolamentazione dei flussi migratori, ipotizzando la costituzione di un cordone sanitario all'esterno degli Stati membri. In ogni caso ritengo che l'Italia dovrà non allinearsi a posizione già definite in rapporto a condizioni di partenza assai dissimili dalle nostre, ma dovrà far emergere un quadro di riferimento comunitario e flessibile e articolato, e, comunque, ispirato ad una ben mediata ed equilibrata apertura ai flussi migratori.

Tema politico e sociale, economico e culturale l'emigrazione extracomunitaria è un banco di prova, e forse il più significativo, della vocazione dell'Europa comunitaria, della sua apertura al pianeta sud e alle sue esplosive contraddizioni spesso indotte proprio dal nord sviluppato. Concorrere ad affrontarlo con apertura, realismo e lungimiranza è l'intento del governo italiano, convinto che l'equità non è un privilegio, tanto meno una zavorra, ma essa stessa un motore della modernizzazione"<sup>488</sup>.

Anche la sinistra italiana, come quella europea non si oppose all'adesione

---

<sup>488</sup> Martelli Claudio, 18 ottobre 1989

agli accordi di Schengen in quanto non voleva bloccare il cammino comunitario.

In linea con gli accordi internazionali la legge Martelli, per cercare di arginare l'immigrazione illegale introdusse un regime di visti per le persone provenienti da Marocco, Tunisia, Algeria, Turchia Mauritania, Senegal e Gambia.

La scelta di questi paesi era dovuta al fatto che essi erano i principali paesi di origine dell'immigrazione e i principali paesi di origine di stranieri condannati per traffico di droghe.<sup>489</sup>

Nel 1990 venne introdotto anche un decreto legislativo che prevedeva ulteriori restrizioni alle entrate, in particolare si richiedeva : la stipula di un contratto di lavoro tra datore di lavoro italiano e dipendente straniero prima della partenza di quest'ultimo dal paese di origine, il ricongiungimento familiare era possibile solo per chi aveva un permesso per motivi di lavoro.

Le conseguenze di tale decreto furono un aumento dei lavoratori domestici, in quanto era l'unico lavoro in cui il datore di lavoro poteva contattare le persone attraverso le "reti" locali e le organizzazioni cattoliche.<sup>490</sup>

#### *IV.2.A.a. L'INTEGRAZIONE SOCIALE*

Per quanto riguarda l'integrazione sociale degli immigrati regolarmente soggiornanti, la legge Martelli dava solo delle linee guida in materia di salute, alloggi, accoglienza e assistenza legale che poi le amministrazioni locali avrebbero dovuto mettere in pratica. Inoltre l'autorità nazionale stabiliva il

---

<sup>489</sup> Legge 39/90, articolo 2, comma 2

<sup>490</sup> Questi contratti venivano fatti soprattutto con gli Asiatici e in particolare con i Filippini. Oppure venivano assunti gli immigrati che erano già presenti illegalmente sul territorio italiano facendoli rientrare nel loro paese e facendo finta di chiamarli per la prima volta.

budget da assegnare ai progetti delle autorità qualificate.

Data la generale inerzia delle autorità locali, dovuta anche ad una assenza di fondi sociali, le associazioni di volontariato e le organizzazioni cattoliche dettero vita ad una serie di programmi volti a colmare tali mancanze. Inoltre in molte città le autorità locali delegarono la responsabilità dell'accoglienza (cibo, alloggi) e dell'assistenza (sanitaria, legale e sociale) degli immigrati ai volontari e alla Chiesa<sup>491</sup>.

Il lavoro di tali associazioni quindi non fu volto ad evitare la discriminazione degli immigrati, ma il loro impegno fu volto a garantire la sopravvivenza e la difesa dei diritti degli immigrati e delle loro famiglie. Nei primi anni Novanta emersero anche le prime problematiche legate agli alloggi, la casa e il lavoro erano i problemi più urgenti della prima generazione di immigrati e la maggior preoccupazione per le autorità.

Inizialmente la Legge Martelli aveva creato dei centri di permanenza temporanei dove potevano rimanere gli stranieri, soprattutto i lavoratori soli fino a che non avessero trovato una casa, per un massimo di sei mesi. Inoltre in tali centri potevano ricevere tutte le informazioni amministrative e burocratiche e potevano partecipare a dei corsi di italiano.

In particolare nel Novembre 1990, nel febbraio 1991 e 1992 il governo stanziò sussidi per i programmi di alloggio alle autorità locali e la discrezione lasciata alle autorità locali nell'impiego di tali fondi fece sì che si crearono una varietà di programmi sia a livello locale che regionale. In alcuni casi i governi locali anticiparono i fondi statali per intraprendere alcuni progetti di accoglienza. Per esempio la città di Bologna investì tali fondi per inserire gli immigrati nelle case popolari.

---

<sup>491</sup> CNEL, Atti della Conferenza: l'immigrazione diritti fondamentali in Italia, Roma, 1991

La legge 39/1990 definì un insieme di interventi per favorire l'integrazione sociale e la promozione culturale degli immigrati e furono stanziati fondi per favorire il diritto all'abitazione e all'educazione. Essa garantiva a tutti gli immigrati regolari l'iscrizione gratuita all'assistenza sanitaria pubblica per il periodo di un anno. Inoltre stabiliva anche un programma di ingressi.

Per ciò che concerne l'aspetto abitativo in particolare la legge Martelli tentò di affidare alle regioni la promozione di accordi tra enti locali e imprese cooperative, per assicurare loro una prima e adeguata soluzione abitativa. Nonostante il tentativo di innovazione il criterio di base rimaneva quello dell'emergenza e della soluzione di prima accoglienza, sia a livello di politiche nazionali che locali. Anzi la situazione peggiorò ulteriormente in seguito alla sanatoria che fece emergere una domanda abitativa fino a questo momento sommersa<sup>492</sup>.

Nel suo complesso questa nuova legge s'ispirava al principio di attribuire agli immigrati regolari gli stessi diritti civili, economici e sociali dei cittadini italiani, senza richiedere loro come condizione per fruirne la cittadinanza italiana.

“Ciò implicava di fatto l'equiparazione degli immigrati extracomunitari regolari ai cittadini dei paesi comunitari, con una sola rilevante eccezione: il diritto di voto alle elezioni amministrative. Per contro, in Italia è sempre stato fortemente affermato il diritto all'identità culturale e religiosa”<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> GOLINELLI M., “La casa degli immigrati: significati, diritti, problemi e prospettive”, *Studi emigrazione*, XLII, n.158, 2005, págs. 395-396

<sup>493</sup> DELLE DONNE M., MELOTTI U, *Immigrazione in Europa* op.cit, p.76

#### IV.2.A.b. 1992: LA LEGGE SULLA CITTADINANZA

Nel gennaio 1992 venne approvata anche la nuova legge sulla cittadinanza (legge n°91 del 5 febbraio 1992) - fino ad allora era in vigore una legge del 1912- la nuova legge non si basava più solo sullo *ius sanguinis* ma venne inserito anche lo *ius soli*. Tale innovazione però venne messa in pratica con forti restrizioni, infatti per poter diventare cittadino italiano era necessario dimostrare di aver soggiornato in Italia per dieci anni ininterrottamente.

Inoltre veniva fatto riferimento ad un principio etnoculturale per favorire chi riusciva a dimostrare di avere un antenato italiano. L'enfasi sullo *ius sanguinis* era enorme: il diritto alla cittadinanza veniva esteso a tutti i nipoti di cittadini italiani che avevano risieduto almeno tre anni in Italia. Mentre lo *ius soli* veniva applicato solamente ai figli nati in Italia da genitori sconosciuti.<sup>494</sup>

Per questo molti studiosi criticarono tale legge, in quanto solamente in apparenza creava una società multiculturale, mentre nella realtà non cambiava molto, tant'è che il numero degli stranieri naturalizzati era limitato<sup>495</sup>.

Il Ministro dell'Immigrazione Boniver, nel suo discorso di presentazione al parlamento di tale legge, il 5 febbraio 1992, metteva in evidenza l'aspetto positivo della legge soprattutto in relazione ad altri Paesi europei “ L'articolo 4 della nuova legge sulla cittadinanza è la affermazione più evidente della volontà di integrazione: esso stabilisce il diritto di ottenere automaticamente la cittadinanza italiana non solo per discendenza, ma anche per nascita e per permanenza sul suolo della repubblica. Questa è una grossa novità per il nostro Paese ma soprattutto per la politica di “fortezza” mantenuta dagli altri stati

---

<sup>494</sup> GORNY A., RUSPINI P., *Migration in the new Europe*, New York, Palgrave, 2004, pag.193

<sup>495</sup> *Ibidem*

europei, eccetto la Francia e la Gran Bretagna.”<sup>496</sup>

Nel 1992, dopo la dissoluzione del Ministero dell'immigrazione, l'integrazione degli immigrati tornò ad essere una competenza del Ministero del Lavoro e degli Affari Sociali. Il nuovo Ministro propose un nuovo atto detto “ Martelli bis”, con tale atto si voleva regolamentare la “seconda fase dell'immigrazione”, ossia la posizione degli immigrati nei settori dell'educazione, della salute del lavoro e dell'asilo (infatti data la materia di cui era responsabile, si tendeva a dare maggiore importanza all'integrazione degli immigrati piuttosto che al controllo delle entrate)<sup>497</sup>.

Tale necessità era nata anche dall'emergenza creata dalla crisi albanese, come vedremo nel paragrafo successivo, che fece aumentare sensibilmente la popolazione immigrata presente in Italia.

Alla fine del 1992 la legge Martelli, nonostante le modifiche, cominciò a mostrare la propria debolezza in materia di integrazione e furono soprattutto le associazioni cattoliche a denunciare il fallimento di tali politiche in quanto il governo aveva lasciato gli immigrati a se stessi ed aveva emanato dei provvedimenti volti a superare le situazioni di emergenza, creando un sistema assistenzialista.

Questa logica di emergenza, era la conseguenza del fatto che non si volevano riconoscere ai cittadini non italiani gli stessi diritti dei cittadini italiani, la politica italiana di immigrazione favoriva l'immigrazione temporanea sia con gli immigrati per lavoro che con i rifugiati, per questo motivo i permessi di soggiorno avevano una durata massima di due anni, mentre negli altri Paesi europei la media si aggirava intorno ai cinque anni.

---

<sup>496</sup>Ministro Immigrazione Boniver, presentazione della nuova legge sull'immigrazione, 5 febbraio 1992

<sup>497</sup>PAPADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging paths to restriction*, Washington, Carnegie Endowment for international, 1996, pág. 72



Un altro limite della legge Martelli era rappresentato dal fatto che non vi fossero dei regolamenti comuni da seguire per l'attuazione della legge per cui si creò una netta discrepanza tra il governo centrale e le autorità locali e tra leggi e decreti ministeriali, per cui venivano applicate diversamente dalle autorità locali e dalle forze di polizia.

Un altro fattore che creò delle ulteriori difficoltà nell'applicazione di tale legge erano le difficoltà strutturali del Paese, e in particolare del divario tra Nord e Sud Italia, per cui anche in materia di immigrazione si andarono sviluppando due modelli completamente differenti: al centro e al nord Italia gli immigrati cominciarono a godere della tutela dei diritti previsti dalla legge Martelli, mentre al Sud no, in quanto tale diritto non era garantito in toto neanche la popolazione locale.<sup>498</sup>

Una delle maggiori critiche alla legge Martelli riguardava il fatto che in tale legge non si parlava di antidiscriminazione anzi tale legge creò una netta discriminazione, come già detto, in materia di mercato del lavoro e degli alloggi<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup>VEUGELERS E., *op.cit.*, p.47

<sup>499</sup>PAPADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging paths to restriction....op. cit.*

### IV.3. IL DISEQUILIBRIO ALBANESE

Ben presto tali misure vennero messe alla prova da un flusso di massa di rifugiati albanesi. All'inizio del Marzo 1991, 23.286 Albanesi sbarcarono nei porti di Brindisi, Bari Monopoli e Otranto. L'arrivo massivo di Albanesi nel marzo del 1991 fu seguito dall'arrivo di una seconda "onda" nel giugno 1991 e da una terza nell'agosto dello stesso anno<sup>500</sup>.

L'arrivo degli Albanesi era causato dal precipitare delle condizioni politiche sociali ed economiche in seguito al crollo del regime comunista di Enver Hoxha, morto nel 1985. Seguendo gli sviluppi politici avvenuti nell'Europa dell'Est dopo il 1990 il nuovo presidente Ramiz Alia tentò di iniziare un processo di democratizzazione, ma vi fu la rivolta degli altri partiti che causò una guerra civile. Per questo motivo gli albanesi chiedevano rifugio in Italia, ma nei periodici italiani non venne dato molto spazio agli albanesi, solo nel *Il Manifesto* gli Albanesi ebbero l'opportunità di esprimere la loro opinione attraverso interviste e articoli.

In Italia tale crisi di rifugiati provenienti dall'Albania venne gestita da due governi Andreotti, in particolare la prima ondata venne gestita dal governo Andreotti che cadde alla fine di Marzo, ma in Aprile venne formato il nuovo governo costituito dagli stessi partiti politici e presieduto sempre dal primo ministro Giulio Andreotti<sup>501</sup>. Non appena insediato, il governo Andreotti creò il "Ministero per le comunità italiane all'estero e per l'immigrazione", la socialista Margherita Boniver venne nominata ministro e venne nominata

---

500 "Nell'estate del 1990 inizia il primo esodo minuscolo e lento, poi sempre più massiccio verso i Paesi occidentali, Italia, Grecia per la vicinanza geografica", Vid. PERNA Fabiola, *"L'altra faccia della medaglia. Il vissuto di immigrati albanesi e la loro accettazione sociale"*, Armando Editore, Roma, 2011, pag. 41

501 Nell'aprile dello stesso anno Andreotti formò il nuovo governo con lo stesso pentapartito: DC, PSI, PSDI, PLI e PRI.

anche “Commissario per l'emergenza albanese”.

Inizialmente, le autorità dichiararono che secondo la Legge Martelli, i gommoni degli immigrati albanesi sarebbero dovuti essere mandati indietro in quanto rappresentavano l'immigrazione illegale che il governo voleva combattere. Ma nel Marzo del 1991 il ministro degli Interni decise di fare una eccezione alla legge Martelli garantendo un permesso per un anno agli immigrati provenienti dall'Albania.

Nonostante l'Italia fosse completamente impreparata ad un tale esodo di massa e nonostante le risorse fossero limitate, i rifugiati albanesi furono accolti con benevolenza dalle istituzioni e dalla popolazione. Tuttavia le decisioni che furono prese in seguito alla “crisi albanese” furono frequentemente citate come il punto di svolta delle politiche italiane d'immigrazione, i più critici sostengono che tale risposta rivelò la trasformazione dell'Italia in una società razzista.<sup>502</sup>

In particolare in seguito alla seconda ondata venne dato ordine di non far scendere la popolazione albanese dalle navi e di rimandarla indietro. Tale esigenza era dettata dal fatto che già dal Maggio 1991 la situazione nei campi rifugiati di Abulia, dove per il momento erano state sistemate alcune delle persone arrivate nel marzo dello stesso anno, stava iniziando a diventare problematica. Inoltre i gruppi di interesse delle regioni meridionali intensificarono le loro proteste contro la presenza di Albanesi nei resorts che sarebbero dovuti essere puliti per l'inizio della stagione turistica.

La riluttanza ad accogliere la popolazione albanese crebbe anche nelle altre regioni settentrionali dove secondo dei piani ministeriali sarebbero dovuti essere dislocata una parte degli Albanesi presenti al Sud Italia. Vista tale

---

<sup>502</sup>Tra gli altri, BALBO L., MANCONI L., *Razzismi reali*, Milano, Feltrinelli, 1992, pag.45

riluttanza delle regioni centro settentrionali il 24 maggio 1991 il Ministro dell'Immigrazione impose un *ultimatum* alle regioni centro settentrionali con l'obbligo di accettare una parte degli albanesi presenti nelle regioni meridionali.

#### IV.3.A. I RIMPATRI DEL 1991

Nel giugno 1991 il governo italiano impose l'immediato rimpatrio dei nuovi arrivati; tale decisione venne giustificata dicendo che così venivano preservate sia l'Italia che l'Europa dall'immigrazione incontrollata.<sup>503</sup>

Inoltre veniva giustificata dicendo che l'Italia non era in grado di assimilare una tale quantità di persone<sup>504</sup>, soprattutto a livello locale e regionale. Il governo quindi lasciò cadere la responsabilità di tali politiche a fattori terzi quali la Comunità europea, le regioni, le comunità locali e la popolazione.

Da un punto di vista legislativo il governo italiano si vedeva costretto, per motivi umanitari e morali, a riconoscere il diritto a richiedere asilo alle persone provenienti dagli ex paesi comunisti. tale diritto era tutelato sia dalla Costituzione (articoli 10, 10.2, 10.3 della Costituzione italiana), sia dalla Legge Martelli che nelle Convenzioni internazionali firmate dall'Italia (in particolare la Convenzione di Ginevra del 1951 che l'Italia aveva firmato con

---

<sup>503</sup>A conferma di tali politiche vi sono anche le testate giornalistiche dei principali giornali italiani quali *Il Corriere della Sera* e *la Repubblica* che infatti avevano intitolato "Nei porti un solo ordine non fateli scendere" (*Il corriere della sera*, 13 giugno 1991) oppure "Non c'è posto per tutti gli albanesi" (*Il corriere* 25 maggio 1991) "Portateli a Roma ultimatum dei sindaci pugliesi gli albanesi devono andare via" (*La Repubblica* 10 giugno 1991)

<sup>504</sup>*La Repubblica*, 16 giugno 2004: " Poi il flusso diventò impossibile da arginare da un'Albania che colava a picco. Il governo italiano fu obbligato a rivedere la generosità iniziale. La diga diventò necessaria. Anche perché intanto si complicava la distribuzione regionale dei profughi".

la clausola dei soli Paesi dell'Est), ma in realtà tale questione non era stata ben definita nella legge Martelli, dove, all'articolo 1 non si faceva distinzione tra richiedente asilo o rifugiato e non erano specificati i requisiti necessari per godere di tale status giuridico.

Così per il governo fu facile classificare quello albanese come un esodo e definire quindi gli individui come profughi piuttosto che come asilanti. Gli Albanesi scappavano dal loro paese di origine per le disastrose condizioni economiche del paese di origine e non perché nel proprio paese non potessero esercitare le proprie libertà personali o perché vi venissero violati i diritti umani.

Con questa motivazione il governo giustificò la propria posizione: gli Albanesi non potevano godere né del diritto di entrare né di rimanere in Italia.

Nel giugno 1991 il Ministro degli Interni italiani utilizzò il fatto che gli Albanesi non fossero dei rifugiati politici e nemmeno appartenenti alla comunità europea per effettuare le prime espulsioni degli albanesi "illegali" presenti sul territorio italiano.

Dopo la seconda ondata di immigrati cominciarono le trattative tra Roma e Tirana per far sì che l'Albania assicurasse i controlli per prevenire ulteriori partenze e per garantire l'assistenza necessaria a coloro che venivano rimpatriati, "in altre parole si voleva trasformare l'Albania da paese di grandi esodi a paese sicuro in meno di un anno."<sup>505</sup>

Per far sì che ciò avvenisse l'Italia stanziò un programma bilaterale di aiuto con l'Albania che prevedeva anche l'elargizione di \$150 milioni tra il 1992 e il 1995 e convinse la Comunità europea a stanziare anche fondi europei per

---

505

ADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging paths to restriction..op. Cit.*, pág. 67

l'Albania.

Le prospettive dell'Italia in materia di immigrazione erano, sotto questo aspetto, analoghe a quelle della Germania solo verso zone diverse, infatti la Germania in seguito al crollo del Muro di Berlino aveva fatto pressione sulla Comunità affinché stanziasse aiuti per la ricostruzione dei paesi dell'Europa dell'Est in modo da prevenire ondate di immigrazione e l'Italia richiedeva lo stesso intervento della Comunità ma verso l'Albania e gli altri paesi del sud del Mediterraneo<sup>506</sup>.

“(...) La stigmatizzazione di cui ha sofferto la popolazione albanese ha contribuito a una sua ulteriore emarginazione sociale creando un vincolo vizioso in base al quale ad una maggiore stigmatizzazione ha corrisposto una maggiore esclusione sociale e a un'accresciuta esclusione ha corrisposto una maggiore propensione a commettere attività illecite”<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> *Ibidem*

<sup>507</sup> FRINGUELLO Clara, “*Le più importanti emergenze umanitarie e le risposte italiane*” (parte Terza), in, HEIN Christopher, “*Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*”, Donzelli Editore, 2010, pag. 108

#### IV.4. LA PECULIARITÀ DEL SISTEMA ITALIANO DEGLI ANNI NOVANTA

Negli anni '90 si assistette al raddoppio dei soggiornanti, che passarono da 649.000 a fine 1991 a 1.341.000 nel 2000, con questi dati si capisce che l'immigrazione negli anni Novanta è diventato un fenomeno di massa.

Nei primi anni Novanta gli immigrati provenienti dalle regioni del Mediterraneo rappresentavano, da soli, poco meno della metà dell'insieme degli immigrati presenti nel nostro Paese. Si può dire, dunque, che la nostra immigrazione era in primo luogo mediterranea e, poi, islamica. La rilevanza della presenza islamica era accentuata dal fatto che il gruppo etnico-nazionale che occupava il secondo posto nella scala delle presenze era rappresentato dai senegalesi, che sono per lo più mussulmani, occupati nell'ambulato e con il più alto grado di mobilità.

Tra gli immigrati provenienti, invece, dai paesi mediterranei, il gruppo principale e più esteso era quello dei marocchini, collocati in ogni regione italiana e molto visibili in quanto venditori ambulanti (per i quali si coniò l'espressione 'vu cumprà!'), costituito prevalentemente da uomini delle età più varie, per la maggior parte non regolarizzati a causa del carattere stagionale o sommerso del lavoro che svolgono. L'ultimo gruppo rappresentativo di quest'area è costituito dai tunisini, addensati in aree della Sicilia nordoccidentale, presenti in agricoltura non solo come lavoratori stagionali ma anche come lavoratori fissi<sup>508</sup>.

A questo polo se ne aggiungeva uno profondamente diverso, sia per provenienza che per collocazione professionale: quello dei lavoratori domestici, altamente stabile e precisamente localizzato, a prevalente

---

<sup>508</sup>MOTTURA G., PUGLIESE E., "L'immigrazione nelle diverse Italie" in *Arcipelago immigrazione*, a cura di Mottura G., Roma, Ediesse, 1992

composizione femminile, proveniente da un'area molto vasta e tendenzialmente di religione cristiana. Questo secondo gruppo aprì una fase nuova dei movimenti migratori in quanto non si trattava più di maschi adulti, celibi, impiegati nel settore industriale ma di giovani donne, con a volte un elevato livello d'istruzione, provenienti da paesi molto lontani e poco esigenti nei confronti delle istituzioni perché vivevano coi datori di lavoro.

Tra questi due poli troviamo l'immigrazione pakistana, impiegata in attività di servizio, quella egiziana presente nella ristorazione, quella dello Sri Lanka costituita da cingalesi e tamil impiegata nel lavoro domestico con un'alta componente di donne per i primi e, invece, con una prevalenza maschile per i secondi.

Un ulteriore polo eccentrico è rappresentato dalla comunità cinese, una delle più antiche sul nostro territorio. Il “nucleo storico” (arrivato tra le due guerre) ha dato vita a Milano, nel cuore del vecchio quartiere Sempione, alla prima piccola *chinatown italiana*.

Oltre a questi gruppi etnici nei primi anni Novanta si registrò l'ingresso anche di persone provenienti dalla penisola balcanica, dove erano scoppiati i conflitti legati all'asestamento della ex Repubblica Federale Jugoslava e al suo frazionamento in diversi stati.

“Successivamente poi gli immigrati cominciarono ad arrivare anche dagli altri paesi dell'Est Europa, che diventarono i grandi protagonisti sullo scenario migratorio italiano e così al consistente aumento degli albanesi - come abbiamo già descritto nel paragrafo precedente- seguirono quello dei rumeni, dei polacchi, degli ucraini”<sup>509</sup>.

“Ad influire maggiormente sull'incremento della presenza immigrata in

---

<sup>509</sup>Caritas Roma/ Migrates, “ 35 anni di immigrazione in Italia..,op.cit., p.424



Italia furono tre fattori strettamente collegati: la collocazione geografica, con confini molto estesi, in un'area a forte pressione migratoria, alla confluenza del continente africano e di quello asiatico e alle porte dell'Est Europa; una programmazione dei flussi quantitativamente debole e operativamente inefficace; il realistico recupero, attraverso le regolarizzazioni, degli immigrati sprovvisti di permesso di soggiorno ma già inseriti nell'area del lavoro nero.”<sup>510</sup>

La presenza degli stranieri è, comunque, raddoppiata negli ultimi anni, tanto che è ormai visibile in tutte le città grandi e medie; poco meno della metà gravita attorno a tre maggiori città: Milano, Roma e Napoli ma si può affermare che ormai gli stranieri siano presenti in tutta la penisola. La precarietà delle strutture di accogliimento ha reso oltremodo visibile il fenomeno dell'immigrazione in quanto la percezione degli immigrati è in diretta proporzione con la mancata soluzione dei problemi che li riguardano.

Questo aspetto, spesso trascurato, ha portato alla diffusione della convinzione che il fenomeno abbia una portata di gran lunga superiore a quella effettiva e di concetti come “valori soglia”, relativi alla sopportabilità sociale del fenomeno dell'immigrazione, del tutto fuorvianti sul piano scientifico. L'intolleranza, infatti, nelle sue diverse modalità di espressione, deriva dall'interazione di numerose variabili qualitative legate ad una serie di condizioni sociali, economiche, politiche e ambientali del territorio e di quanti, nativi e immigrati, lo abitano. Del resto, non si spiegherebbe altrimenti perché gli esempi di integrazione riuscita o di integrazione fallita, rimandino ad una realtà sociale di tolleranza, dove l'incidenza della popolazione immigrata su quella locale è alta e d'intolleranza, al contrario, dove, tale incidenza è bassa.

---

<sup>510</sup> *Ibidem*

#### IV.4.A. LE TESI XENOFOBE

Il Lussemburgo, ad esempio, ha il 32% di immigrati in un territorio molto ristretto e non registra particolari sentimenti xenofobi, al contrario, se in un quartiere di Verona si raggiunge, magari, il 3,5%, si parla di cittadinanza esasperata<sup>511</sup>.

“Nell’esprimere delle tesi xenofobe la Lega Nord è stato il primo partito politico a dare una legittimità ai temi del rigetto dello Straniero in Italia, trasgressione ad uno dei tabù del consenso antifascista sul quale si era basato la Repubblica. La Lega effettuò questa operazione per sfruttare un’opportunità politica aperta dall’incertezza della situazione di crisi, ma anche perché era uno dei principi dell’ideologia del partito.

La lega Nord nacque nel 1991, dalla trasformazione della lega lombarda, e nel 1992 divenne un vero e proprio partito nazionale. Uno dei primi gesti politici del suo leader U. Bossi, dopo il suo successo elettorale del 1990, fu quello di proporre un referendum abrogativo della Legge Martelli.”<sup>512</sup> La Lega giustificava tale posizione con il fatto che essa si opponeva allo stato autoritario e burocratico e l’immigrazione meridionale o extracomunitaria erano una conseguenza del lassismo dello stato per questo erano da combattere, ma rifiutava tutte le accuse di razzismo.<sup>513</sup>

Inoltre la loro campagna elettorale si basò su una propaganda esclusivamente contro gli immigrati extracomunitari secondo un “asse populistico: sindrome dell’invasione (la causa dei problemi economici e sociali si trova nell’immigrazione); etnonazionalismo (l’integrità culturale delle

---

<sup>511</sup>MELEGRANI C., “Il concetto di tolleranza e la sua problematicità” in *Le ragioni della tolleranza* Convegno organizzato dai Lions Clubs di Verona il 25/03/2000

<sup>512</sup>RITAINE E., *L’europe du Sur face a l’immigration*, op. Cit., pags.41-42

<sup>513</sup> Ibidem

comunità locali e nazionali deve essere difesa); antistatalismo (i poteri politici, economici ed ecclesiastici che favoriscono l'immigrazione devono essere denunciati)<sup>514</sup>.

Da questa base ideologica la presenza immigrata significa aumento della criminalità e della disoccupazione, degrado sociale, aumento delle malattie e così via. La Lega riuscì così a posizionarsi come portavoce del popolo, colui che denuncia il male del popolo. L'opposizione dei movimenti a favore degli immigrati in questo momento fu debole in quanto tali organizzazioni avevano risentito della crisi politica che si era abbattuta sul paese, infatti le organizzazioni cattoliche in seguito allo scandalo di Mani pulite si videro mancare l'appoggio della DC che le aveva sostenute fino a questo momento e le altre di sinistra, tradizionalmente legate al PCI con il crollo del Muro avevano perso di incisività.

In questo contesto di mancanza di poteri statali forti, con la presentazione dell'immigrazione come di una minaccia alla sicurezza nazionale, nei primi Novanta crebbero anche i movimenti di Naziskin che basavano la loro propaganda su discorsi antisemiti e razzisti, inoltre incitavano all'uso della violenza contro i gruppi etnici minori. Tuttavia non vi sono dati ufficiali del Ministero degli Interni sugli atti di violenza compiuti da tali gruppi. Lo sviluppo di questi movimenti in Italia coincise con quelli di altri paesi quali la Germania dove come già detto contemporaneamente si sviluppò anche un movimento antirazzista che fece pressione sul governo per l'introduzione di una legge antirazzista.

Anche in 31 città italiane il 9 novembre 1992 (data che coincideva con la *Kristallnacht*) scesero in piazza molte persone per manifestare contro i

---

514RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration...*, op.cit. pag.43

movimenti razzisti e tali movimenti dimostrarono tutti insieme a Roma il 28 novembre dello stesso anno.

In tale circostanza il 25 novembre dello stesso anno il Ministro della giustizia Claudio Martelli annunciò ufficialmente alla stampa la volontà di mettere al bando i movimenti di Naziskin e fare di tutto per favorire lo smembramento di tali organizzazioni razziste. In questo modo il governo pensava di frenare l'escalation di violenze, inoltre il governo per applicare tali misure ritenne necessario introdurre una nuova legge volta a punire gli atti razzisti con maggiori sanzioni.

Il 15 Dicembre 1992 il Consiglio dei Ministri approvò un atto contenente "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale etnica e religiosa", Il 19 dicembre venne proposta al parlamento dal Ministro degli Interni Nicola Mancino e da Claudio Martelli, nonostante il supporto dell'opinione pubblica e dei mass media la proposta di legge non venne approvata.

Nell'aprile del 1993 ad Ostia i Nazi skinhead aggredirono nuovamente per motivi razziali per cui nel giugno dello stesso anno venne approvata dal parlamento la precedente proposta di legge che bandiva i Nazi skinhead.

Vi erano anche nuovi avvenimenti politici che influirono su tali avvenimenti, in seguito allo scandalo *mani pulite* i principali partiti che avevano governato l'Italia Democrazia Cristiana, Socialisti e le altre forze di centro, non esistevano praticamente più. La crisi politica, anche se per altri motivi, aveva colpito anche il partito comunista italiano che in seguito al crollo del muro di Berlino aveva perso molti voti. In questo contesto di crisi politica il baricentro dell'asse destra-sinistra si era spostato su posizioni ideologiche più estreme si andavano affermando la lega Nord e il MSI che basavano la propria ideologia sul razzismo e la lotta all'immigrazione.

Nonostante la loro ideologia i leader di questi partiti negarono sempre un

legame tra il partito gli skinheade condannando tutte le violenze che questi compievano. Per esempio Gianfranco Fini in una intervista su *La repubblica* dell' 8 Novembre 1992 dichiarava: "Quelle teste rasate sono vuote. L'antisemitismo è un'idiozia se teorizzato, un reato se praticato. La farneticazione di chi vuole ad ogni costo collegare il Movimento sociale ai naziskin per scatenare la violenza in piazza sono ignobili tentativi di dare vita ad una nuova stagione di opposti estremismi".

#### IV.4.B. UN NUOVO GOVERNO TECNICO

Nel 1995 in seguito allo scandalo istituzionale si insidiò il nuovo governo tecnico presieduto da Lamberto Dini ed appoggiato principalmente dal PDS e dalla Lega Nord. Il nuovo governo vista la situazione di emergenza in materia di immigrazione incaricò una commissione di esperti di formare un nuovo testo di legge sull'immigrazione. La nuova proposta di legge cercava in prima istanza di conformare l'Italia agli standard di Schengen, per questo motivo le principali aree di interesse furono:

- 1) lavoratori stagionali dell'agricoltura che entravano legalmente ma che s trattenevano irregolarmente;
- 2) l'espulsione degli immigrati irregolari;
- 3) scoraggiare l'impiego di immigrati senza un regolare permesso di soggiorno<sup>515</sup>.

Tale proposta venne criticata dai parlamentari del PDS per una serie di motivi, in primis perché non teneva presente la posizione geografica dell'Italia

---

515PAPADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging paths to restriction...*, op. Cit, p. 68.

e la sua debolezza dei confini, in secondo luogo le restrizioni in materia di agricoltura avrebbero penalizzato tutto il settore dell'agricoltura italiana che dipendeva dalla manodopera immigrata. La proposta di questo partito per ridurre l'immigrazione illegale si basava su una riforma del mercato del lavoro, infatti, il PDS proponeva di rilasciare un permesso di lunga durata a tutti gli immigrati che avevano un lavoro in modo da regolarizzare il loro status e proponeva il rilascio di un permesso permanente a tutti i lavoratori che avessero lavorato per almeno quattro anni nel settore dell'agricoltura.

La proposta del PDS venne presa in considerazione, infatti il decreto del governo del novembre del 1995 prevedeva una regolarizzazione per 300,000 illegali che avevano lavorato per almeno quattro mesi nell'anno precedente e ai lavoratori stagionali impiegati nell'agricoltura, venne riconosciuto un permesso di sei mesi rinnovabile in caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il governo Dini, però come già detto oltre, che dal PDS era appoggiato anche dalla Lega nord, per cui, contemporaneamente, vennero inserite anche misure restrittive: venne introdotta l'espulsione immediata per coloro che avevano commesso crimini o per coloro i quali rappresentassero un pericolo per la sicurezza pubblica, inoltre erano previsti quindici anni di carcere per i trafficanti di essere umani e veniva prevista una pena da sei mesi a due anni per coloro che impiegavano manodopera illegale<sup>516</sup>.

Intorno al 1995 oltre alla crisi politica l'Italia attraversava un periodo di crisi di intolleranza, razzismo e violenza contro gli stranieri, questi sentimenti nascevano in risposta alla paura culturale e all'ansia nata con il continuo diversificarsi dell'immigrazione.

---

<sup>516</sup> *Ibidem*

Inoltre l'immigrazione rappresentava per l'Italia la prova in ambito europea per poter entrare a far parte degli Accordi di Schengen e di Dublino, per riuscire l'Italia doveva dimostrare di non avere alcun tallone di Achille nel controllo delle frontiere<sup>517</sup>.

Contemporaneamente “era nell'interesse italiano persuadere l'UE che fosse di vitale importanza controllare l'immigrazione illegale sia attraverso il Mediterraneo che attraverso la cooperazione con i paesi di provenienza dell'Immigrazione, infatti l'Italia, insieme ad altri paesi europei, fu uno dei principali promotori della cooperazione con i paesi del Mediterraneo, in particolare l'Italia utilizzò sia i propri fondi che quelli europei per creare maggior impiego in tali paesi e per incoraggiare l'UE ad aprire i propri mercati alle esportazioni di queste regioni”<sup>518</sup>.

Il 27 novembre 1995 l'UE organizzò una conferenza a Barcellona con dodici paesi del sud del Mediterraneo che si pose l'obiettivo di creare entro il 2010 un'area euro-mediterranea di libero mercato. Questi eventi indicavano gli sforzi compiuti dall'Italia per far sì che le frontiere meridionali dell'Europa avessero lo stesso peso delle frontiere orientali nell'agenda europea. Infatti ciò avrebbe significato una redistribuzione dell'immigrazione meridionale tra i vari paesi dell'UE.

---

<sup>517</sup>PAPADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging, op. cit.*,p. 70

<sup>518</sup> *Ibidem*

#### IV.5. LA LEGGE “TURCO-NAPOLITANO” E I FLUSSI MIGRATORI

Nel 1996 il centro sinistra vinse le elezioni politiche e il nuovo governo presieduto da Romano Prodi riuscì a far entrare l'Italia agli Accordi di Schengen in cambio si impegnavano a creare una nuova legge sull'immigrazione conforme ai principi degli accordi<sup>519</sup>.

Questo imperativo europeo era raddoppiato dalla pressione interna esercitata dai partiti di destra, in particolare dalla Lega Nord, che dagli anni novanta si era mobilitata in materia. Sotto la pressione politica e mediatica, il governo produsse la nuova legge quadro sull'immigrazione, questa legge, la n°40 del 6 marzo 1998, integrata dal Testo Unico n° 286 del 25 luglio 1998 più comunemente conosciuta con il nome di legge Turco-Napolitano (rispettivamente ministri della Solidarietà nazionale e degli Interni) che sostituivano il decreto del 1995, decaduto il 19 febbraio 1998.

Con la legge 6 marzo 1998, n. 40, poi confluita nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'immigrazione), è stato elaborato un provvedimento di più ampia portata rispetto a quelli assunti e sottoposti nel passato al Parlamento per disciplinare l'immigrazione e insieme, anche se non in modo esaustivo, la condizione dello straniero.

“Nonostante vi siano anche in questa legge molti aspetti controversi (...), non si parla più, infatti, di norme urgenti, quasi a voler prendere definitivamente atto del carattere non più transitorio dell'immigrazione nel nostro paese”<sup>520</sup>

L'esperienza concreta del periodo più recente – la difficile gestazione,

---

519 RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration*, op.cit., pag.60

520 FIORUCCI Massimiliano, *“La mediazione culturale. Strategie per l'incontro”*, Armando Editore, Roma, 2000, pag. 33



prima, e la mancata conversione poi, del decreto legge del novembre 1995, l'intenso confronto parlamentare sul disegno di legge di salvaguardia degli effetti di quel decreto, e insieme, al di là delle vicende legislative, gli sviluppi reali del fenomeno – avevano d'altronde messo in piena evidenza l'insufficienza e la non riproponibilità di provvedimenti parziali e di emergenza e di ricorrenti sanatorie, la necessità di definire ormai un quadro normativo certo, generale e unitario.

“La legge 6 marzo 1998, n. 40 si prefigge tre obiettivi:

-contrasto dell'immigrazione clandestina e dello sfruttamento criminale dei flussi migratori;

- realizzazione di una puntuale politica di ingressi legali limitati, programmati e regolati - avvio di realistici ma effettivi percorsi di integrazione per i nuovi immigrati legali e per gli stranieri già regolarmente soggiornanti in Italia. La normativa si articola attorno ai seguenti temi:

- a) modalità di ingresso e dei controlli alle frontiere, disciplina dell'accesso al lavoro, regolamentazione del lavoro autonomo e del lavoro stagionale;
- b) disciplina più efficace del respingimento alle frontiere e delle espulsioni;
- c) norme penali e processuali finalizzate al contrasto delle organizzazioni criminali che gestiscono l'immigrazione clandestina;
- d) garanzie per l'immigrato legale: di poter passare da una condizione di temporaneità ad una maggiore stabilità, mediante la previsione di strumenti nuovi come la carta di soggiorno; di vedere tutelato il diritto a salvaguardare la propria famiglia o a costruirne una nuova; di ottenere il riconoscimento di diritti di cittadinanza quali i diritti alla salute, all'istruzione, ai servizi sociali, alla rappresentanza e al voto amministrativo.

Le soluzioni che sono state adottate comportarono:

- 1) un'ampia iniziativa sul piano internazionale, per la definizione e lo sviluppo

di un sistema di accordi di cooperazione e di specifica collaborazione in materia di immigrazione con i paesi di maggior provenienza del flusso migratorio; 2) un impegno sistematico di adeguamento delle strutture amministrative ai compiti loro affidati dalla nuova legge, e di stretta concertazione interministeriale; 3) la più ampia collaborazione con gli enti locali e con le Regioni, cui spetta un ruolo determinante specie per la realizzazione di una politica dell'accoglienza, dell'integrazione, dei diritti.”<sup>521</sup> La legge era suddivisa in sette titoli.

Nel Titolo I sono previste le disposizioni generali e di principio che definiscono l'ambito di applicazione della legge, il trattamento dello straniero, nonché uno strumento di programmazione dei flussi, alla base del sistema di governo del fenomeno dell'immigrazione che si propone. Quanto all'articolo 1, si segnala oltre alla definizione dei destinatari della legge, il richiamo alle norme comunitarie e internazionali più favorevoli agli stranieri comunque vigenti nel territorio dello stato e la qualificazione delle norme della legge, come principi fondamentali, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, al fine di indirizzare l'esercizio delle competenze legislative regionali.

Relativamente all'articolo 2, va precisato che i diritti fondamentali della persona umana sono riconosciuti indiscriminatamente, nel territorio dello stato, compresa la linea di frontiera, a tutti gli stranieri, indipendentemente dalla regolarità o meno dell'ingresso o del soggiorno.

E' invece agli stranieri regolarmente soggiornanti che si assicura pienezza di diritti in materia civile nell'ambito della disciplina della legge e delle convenzioni internazionali, fino a configurare uno *status* particolare, comprendente la facoltà di partecipare alla vita pubblica a livello locale, per

---

<sup>521</sup> NOCI M., *Legge sull'immigrazione, approfondimenti*, 1998, [www.cestim.it/ricerche](http://www.cestim.it/ricerche)

gli stranieri in possesso della “carta di soggiorno” disciplinata dall’articolo 7.

L’articolo 3 realizza un nuovo strumento di governo del fenomeno migratorio, costituito da un documento programmatico triennale per la politica dell’immigrazione, che il Presidente del Consiglio sottopone all’approvazione del Consiglio dei Ministri e presenta al Parlamento, e da uno o più decreti che definiscono annualmente, o per il più breve periodo relativo al lavoro stagionale, le quote degli immigrati per i quali è ammesso l’ingresso.

Il documento programmatico indica inoltre le azioni e gli interventi che lo Stato italiano si propone di attuare anche in cooperazione con altri paesi europei, con le organizzazioni internazionali, con le istituzioni comunitarie, e con le organizzazioni non governative. Si prevede inoltre un ruolo attivo delle regioni, delle province e dei comuni e di altri enti locali, che concorrono alle iniziative volte a favorire l’integrazione e l’inserimento degli stranieri nel tessuto sociale. A tal fine sono stati istituiti, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per l’immigrazione, i Consigli territoriali per l’immigrazione, in cui sono principalmente rappresentati gli Enti locali, per il coordinamento e la promozione degli interventi da attuare a livello locale.

Il titolo II concerne l’ingresso, il soggiorno, il respingimento e le espulsioni<sup>522</sup>. Il capo II del Titolo II è integralmente dedicato alla materia del respingimento e delle espulsioni. In questa parte della legge trova espressione l’intento di rendere efficace la disciplina delle espulsioni prevedendosi, al contempo, la massima garanzia di controllo giurisdizionale.

La misura in questa materia, e in particolare i Centri di permanenza temporanea, costituisce una novità per l’ordinamento italiano, ma trova un comune denominatore nella quasi totalità dei paesi europei ed un fondamento

---

<sup>522</sup>NOCI Marco, *Legge sull’immigrazione, approfondimenti....*, op. cit. pag. 83-100

autorevolissimo

Al capo III sono introdotte per la prima volta, dopo la breve esperienza del decreto legge n. 477 del 13 settembre 1996, norme volte alla tutela delle vittime del traffico di clandestini, in modo particolare per sfruttamento sessuale. Tutti gli stranieri, donne, uomini e minori, che intendono sottrarsi alle condizioni di sfruttamento nelle quali sono costretti a vivere, non incorreranno nell'espulsione, ma potranno usufruire del permesso di soggiorno e partecipare a un programma di assistenza ed integrazione sociale. Si intende con questa norma aiutare le vittime e proteggerle da ritorsioni da parte dei loro sfruttatori, anche valorizzando le loro denunce in un quadro di più forte azione di contrasto alle organizzazioni criminali che sono all'origine di questi fenomeni.

Completano le norme contenute nel capo II le disposizioni a carattere umanitario che vietano l'espulsione nei confronti di particolari soggetti (es. minori, possessori di carta di soggiorno, donne in stato di gravidanza), e quelle che prevedono speciali misure di protezione temporanea (art. 18) per eventi eccezionali quali disastri naturali, conflitti armati e simili situazioni di grave pericolo.

Il titolo III riguarda la disciplina del lavoro che integra ed innova profondamente la legge n° 943 del 1986. Nell'ambito di questo titolo sono definite le modalità di ingresso in Italia per lavoro, sulla base delle quote di ingresso determinate nei decreti di cui all'art. 3, conseguenti al documento programmatico del Governo ivi previsto.

Gli ingressi in Italia per lavoro potranno avvenire dietro chiamata nominativa del datore di lavoro, con il tradizionale sistema della preventiva autorizzazione degli Uffici del lavoro, attraverso liste di prenotazione predisposte nel paese di origine e trasferite in Italia a cura delle autorità diplomatiche e consolari italiane, ovvero attraverso la garanzia di soggetti,

individuali o collettivi, operanti in Italia.

Il titolo IV disciplina il diritto all'unità familiare e la tutela del minore. La materia dei ricongiungimenti familiari è stata rielaborata sotto la denominazione di "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori", tenuto conto della sentenza della Corte Costituzionale n. 28/95, che ha aperto la strada alla configurazione del ricongiungimento familiare come diritto soggettivo.

"La condizione giuridica del minore straniero è particolarmente tutelata (art. 29); essa segue quella del genitore convivente o la più favorevole fra quella dei genitori conviventi. Il minore è iscritto nel permesso di soggiorno del genitore fino a 14 anni. Successivamente può essergli rilasciato un permesso autonomo fino al compimento della maggiore età. Particolarmente avanzata, nella tutela dei fanciulli, è la disposizione dell'articolo 29, comma 3, che prevede il rilascio del permesso di soggiorno, da parte del Tribunale per i minorenni, a favore di un familiare del fanciullo in difficoltà, quando assolutamente necessario per l'integrità psico-fisica del minore"<sup>523</sup>.

Il titolo V disciplina gli aspetti più rilevanti nella definizione di una condizione di godimento dei cosiddetti "diritti civili" o "diritti di cittadinanza per lo straniero presente in territorio italiano.

#### IV.5.A. RICONOSCENDO DIRITTI

Il capo I, in materia di assistenza sanitaria, prevede l'equiparazione, ai fini assistenziali e contributivi, dei lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti, ai cittadini italiani che si trovano nella medesima condizione. Tuttavia, anche

---

<sup>523</sup>*Ibidem*

ai non iscritti al servizio sanitario nazionale e agli stranieri in posizione irregolare viene garantito il diritto alle cure urgenti ospedaliere per malattie, infortuni e maternità. Particolare rilevanza è dedicata alla tutela sociale della gravidanza e della maternità<sup>524</sup>.

Infine sono anche disciplinate le modalità relative al soggiorno e all'ingresso in Italia per cure mediche, per le quali si richiede la dimostrazione di idonea capacità di pagamento delle cure medesime e sono regolamentate le attività professionali sanitarie. Le norme sull'istruzione, contenute nel capo II, prevedono innanzitutto l'estensione dell'obbligo scolastico ai minori stranieri comunque presenti nel territorio nazionale, con il corollario di tutte le disposizioni a garanzia del diritto allo studio. Oltre al coinvolgimento delle regioni e degli enti locali nell'attivazione di corsi per l'apprendimento della lingua italiana, si introducono disposizioni di principio sull'integrazione nelle scuole, sull'educazione alla multiculturalità e si rinvia al regolamento di attuazione (DPR n. 394/99) sulla realizzazione di progetti specifici a livello nazionale o locale per la realizzazione di corsi di formazione del personale della scuola e per il riconoscimento dei titoli di studio rilasciati nei paesi di provenienza.

Quanto all'istruzione universitaria si prevedono norme promozionali di attività di orientamento e di accoglienza nonché la possibilità dell'erogazione di borse di studio e di sussidi agli studenti stranieri da parte delle Università, nell'ambito dell'autonomia loro riconosciuta.

Al capo III, in riferimento all'accoglienza e all'accesso all'abitazione si prevedono sia misure disposte dalle regioni, in cooperazione con le associazioni e le organizzazioni di volontariato, ai fini della predisposizione di

---

<sup>524</sup>Come previsto dalle leggi n. 485/75 e 194/78) e alla tutela della salute del minore, in esecuzione della Convenzione di New York ratificata con legge n. 176/91

centri di accoglienza, sia la possibilità per gli stranieri regolarmente soggiornanti di accedere ad alloggi di edilizia residenziale pubblica, eventualmente ristrutturati con contributi regionali. L'accesso degli stranieri a strutture pubbliche e di alloggio, che non si configura come diritto soggettivo, risponde a una esigenza sociale primaria, anche al fine di prevenire situazioni di emarginazione e di deterioramento del tessuto sociale.

Il capo V introduce nuove disposizioni per l'integrazione economica e sociale degli immigrati, pur nel rispetto delle proprie culture e credo religioso e contro le attività discriminatorie: per quanto riguardale politiche di integrazione, l'art. 39 prevede che lo stato, le regioni, le province e i comuni, in collaborazione con le associazioni di volontariato e con le associazioni degli immigrati, mettano in atto ogni forma di attività volta a ridurre gli ostacoli che lo straniero incontra per una piena integrazione nel tessuto sociale e a preservare contemporaneamente le specificità culturali, linguistiche e religiose di ciascuno.

Al fine di promuovere con la partecipazione dei cittadini stranieri le iniziative idonee oltre le iniziative delle regioni e degli enti locali, si prevede l'istituzione presso il CNEL di un organismo consultivo, aperto alla partecipazione delle associazioni di promozione sociale e delle organizzazioni di volontariato, con la funzione di monitorare l'applicazione della legge, presentare proposte per migliorare la condizione degli stranieri nel nostro Paese, favorire la loro partecipazione alla vita pubblica.

Per quanto riguarda le norme sulle discriminazioni razziali, gli articoli 40 e 41 tendono a definire i comportamenti discriminatori per motivi di razza, colore, ascendenza o origine nazionale od etnica, religione e a prevedere un'azione civile per la loro cessazione e per il risarcimento del danno, anche non patrimoniale, con sanzioni penali nei confronti di chi elude i

provvedimenti del giudice, individuato anche in questo caso dal Tribunale.<sup>525</sup>

Pur se i provvedimenti più incisivi in materia di integrazione sociale degli immigrati erano prevalentemente di competenza delle regioni, delle Province e dei Comuni, l'intervento del Fondo era apparso necessario sia per il supporto finanziario occorrente, sia al fine di garantire omogeneità a livello nazionale degli interventi volti alla realizzazione di condizioni di pari opportunità per gli stranieri presenti sul territorio nazionale.

Questo testo era animato da una logica binaria che faceva una netta distinzione tra immigrazione irregolare, da controllare e reprimere e immigrazione regolare, da integrare, in realtà questo obiettivo in un ambiente conflittuale come era quello italiano era difficile da ottenere. Il governo di centro-sinistra adottò questa logica legalitaria per poter compiere gli obblighi europei e per assicurarsi delle “simpatie” anche nell'opposizione<sup>526</sup>.

Questa strategia permise anche l'approvazione della legge in Parlamento infatti, l'opposizione nonostante praticasse l'ostruzionismo parlamentare, in questo caso decise di votare a favore della maggioranza degli articoli, per cui, nonostante alcune forze politiche di maggioranza- i Verdi e Rifondazione erano<sup>527</sup> contrari alle misure relative alle espulsione e alla creazione dei CPT- fossero contrarie ad alcuni punti della legge, essa passò ugualmente così com'era grazie all'appoggio dell'opposizione. In particolare all'interno dell'opposizione il CCD e il CDU giocarono un ruolo fondamentale come mediatori, riuscirono a convincere FI e AN a non presentare la proposta di una creazione di un delitto penale d'immigrazione clandestina<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup>ALIBONDI R., BRUNI F., COLOMBO A., GRECO E., *L'Italia e la politica internazionale*, Edizioni del Mulino, 2000, págs 83-100

<sup>526</sup>RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration*, op.cit.p. 62

<sup>527</sup>RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration*, op.cit., p.79

<sup>528</sup>*Ibidem*



In realtà tale legge dimostrò di avere delle lacune sia in materia di controllo delle entrate che di integrazione per cui l'opposizione ne approfittò per inserire l'immigrazione tra i temi centrali della campagna elettorale del 2000 e del 2001. In particolare durante tale campagna elettorale l'opposizione evidenziò il legame tra insicurezza e immigrazione e promise l'abolizione della legge Turco-Napolitano, questo legame nasceva dal fatto che nell'estate dello stesso anno, ai nuovi sbarchi di massa di clandestini nell'Italia meridionale, il governo rispose in modo confuso e contraddittorio: i nuovi arrivati venivano internati per trenta giorni e poi paradossalmente lasciati liberi, se fossero riusciti a non farsi identificare entro tale termine.

“A ciò si aggiunse, all'inizio dell'anno seguente, il caotico avvio della quarta sanatoria chiamata non più così, ma “regolarizzazione”.”

Attualmente, gli sbocchi si sono molto diversificati; è sempre più frequente cercare di abbandonare il lavoro ambulante e quello domestico a tempo pieno pur restando sempre collocati nel settore secondario e terziario del mercato del lavoro<sup>529</sup>. L'Italia, dopo la Germania, la Francia e la Gran Bretagna, rafforza la sua posizione come quarto paese dell'Unione Europea per la consistenza numerica degli immigrati presenti sul proprio territorio che, ad ogni modo, rimane ampiamente al di sotto di quella di altri paesi, sia come numero complessivo sia come incidenza sulla popolazione residente.

Gli stranieri regolarmente soggiornanti aumentano di anno in anno. Questo aumento è intervenuto in forza dei nuovi permessi di soggiorno rilasciati, sia ai cittadini stranieri entrati per la prima volta in Italia, sia a un certo numero di immigrati che si erano prenotati per la regolarizzazione e, ultimato l'esame delle loro richieste, hanno potuto ricevere l'autorizzazione al soggiorno.

---

<sup>529</sup> Caritas di Roma, *Immigrazione dossier statistico 2005*, Roma, Anterem, 2005

A livello territoriale si riscontra che il Nord ha assorbito più della metà dei 240.000 nuovi titolari di permesso di soggiorno. L'aumento è stato del 18% per il Nord, del 19% per il Centro e per le Isole, del 22% per il sud<sup>530 531</sup>.

#### IV.5.B. NUOVE CARATTERISTICHE

Emergono, inoltre, alcune caratteristiche: l'immigrazione tende sempre più a non essere comunitaria (9 su 10 provengono da altri paesi); infatti, gli immigrati extracomunitari sul totale degli stranieri erano il 60% negli anni Settanta, il 70% negli Ottanta e oltre l'80% nel Novanta: l'Italia insieme all'Austria ha la più alta percentuale di immigrati che non provengono dall'Unione Europea. In tutte le regioni è presente un multiculturalismo religioso, infatti, secondo l'ultima rilevazione della Fondazione Migrantes-Caritas Roma, che si riferisce all'inizio del 2000, i cristiani sono quasi la metà, i musulmani più di un terzo e i seguaci di religioni orientali quasi 100.000.

Si tratta di un caleidoscopio di presenze, in cui sono rappresentati gruppi nazionali consistenti provenienti da varie parti del mondo; i primi quattro gruppi, infatti, vengono da quattro direttrici diverse: Marocco, Albania, Filippine e Usa<sup>532</sup>.

In Italia più del 40% del complesso degli immigrati risulta originario di due aree geograficamente diverse: i paesi del nord Africa e quelli dell'Est Europeo.

---

530 Caritas Diocesana di Roma, "La dimensione quantitativa", in *Migrazioni. Scenari per..., op. cit.*, p.35

531 All'inizio del 2000 risultano potenziati gli indici di stabilizzazione: quasi un terzo degli immigrati è residente da più di 5 anni, i permessi di soggiorno per motivi stabili (lavoro e famiglia) sono più di quattro quinti del totale, i ricongiungimenti familiari sono una delle principali vie di ingresso, vi è la tendenza all'equilibrio tra i sessi (è finita la prevalenza dei giovani maschi soli), aumentano i matrimoni misti, aumentano le acquisizioni della cittadinanza, e, infine, aumenta il numero dei minori.

532 *Ibidem*

Il Nord Africa è sicuramente una delle aree più coinvolte nei movimenti migratori degli ultimi decenni, non solo per la posizione geografica ma soprattutto per le proprie vicende storiche degli ultimi 150 anni e per il carente sviluppo interno. L'eredità del colonialismo è difficile da gestire, visto che tutti i paesi che ne sono stati coinvolti non sono riusciti a recuperare il ritardo accumulato durante gli anni dell'occupazione. Il Marocco è il paese con la comunità di immigrati più consistente in Italia. Sull'economia marocchina il passaggio al libero scambio ha prodotto una diminuzione delle risorse fiscali con l'abolizione dei diritti di dogana e il peggioramento del deficit con l'estero a seguito dell'aumento delle importazioni. La contromisura che ne è scaturita è stata l'inasprimento della pressione fiscale e la svalutazione della moneta.

A medio termine il libero scambio non influisce che modestamente sull'aumento dei redditi; nei paesi meno sviluppati si tende a specializzarsi nell'agricoltura sotto lo stimolo dell'incremento dei guadagni nell'esportazione. Il libero scambio da solo non è sufficiente a fermare l'emigrazione, anche perché non produce un avvicinamento tra i salari locali e quelli dei paesi d'arrivo<sup>533</sup>.

I paesi dell'Est hanno fatto registrare l'incremento più alto (30%); ogni due nuovi venuti, uno proviene dall'Est europeo, con un aumento doppio rispetto al Nord Africa e triplo rispetto all'Estremo Oriente, mentre l'immigrazione dall'Unione Europea e dagli altri paesi a sviluppo avanzato, come già sottolineato, cresce molto lentamente.

Infine, per concludere quest'exkursus sulle tendenze più recenti dell'immigrazione nel nostro Paese, è significativo evidenziare un dato riportato sulle anticipazioni del Dossier statistico 2000, elaborato dalla Caritas

---

<sup>533</sup>Caritas di Roma, *Immigrazione*, Dossier Statistico op. cit.

di Roma, relativo al legame tra immigrazione e delinquenza.

Contrariamente a quanto si creda, non sussiste “un'emergenza criminalità” legata all'immigrazione, le conoscenze attuali sulla devianza tra gli immigrati sono ancora troppo scarse e frammentarie per arrivare a simili conclusioni. In primo luogo, bisogna sottolineare che le categorie che vengono utilizzate in materia sono usate in modo strumentale o comunque senza le dovute specificazioni; le statistiche ufficiali sulla criminalità in Italia, infatti, riguardano l'intera presenza straniera (immigrati e stranieri) determinando una sovrarappresentazione degli immigrati nei soggetti interessati da denunce, arresti e condanne, inoltre, le due fonti a cui si fa riferimento (il Ministero dell'Interno e il Ministero di Grazia e Giustizia) adottano una definizione diversa di “comportamento deviante” vi è, quindi una quantificazione discordante. Il primo conteggia sia i *reati d'immigrazione*, tutti gli eventi che costituiscono infrazione alle norme che regolano lo status di immigrato, sia qualsiasi comportamento per il quale ha avuto inizio l'azione penale. Il Ministero di Grazia e Giustizia, invece, restringe la definizione al secondo aspetto in quanto, come asserisce Marselli, “lo svolgimento di un procedimento penale costituisce l'occasione più opportuna per accertare se un reato è stato commesso, le modalità con cui è stato realizzato e la condizione sociale e professionale delle persone interessate”<sup>534</sup>. Infine, per ottenere una corretta lettura, i dati andrebbero disaggregati e per eventuali confronti andrebbero scelti gruppi omogenei per evitare fattori distorcenti.

Il dibattito sugli aspetti devianti dell'immigrazione presenta due temi ricorrenti: che l'aumento della criminalità, conosciuto negli ultimi trent'anni, sia dovuto agli immigrati e che il confronto tra i tassi di criminalità degli

---

534MARSELLI R., VANNINI M., *Economia della criminalità*, Torino, Utet, 1999, p. 92

immigrati con quelli italiani dimostra una maggiore propensione a delinquere dei primi.

Per quanto riguarda la prima argomentazione, considerando i dati elaborati da Mattia Vitiello sull'aumento della criminalità tra il 1967 e il 1997, si desume che vi sono stati due “picchi”, il primo nella prima metà degli anni Settanta e il secondo agli inizi dei Novanta. E' risaputo che durante il primo decennio il fenomeno migratorio era alle sue prime manifestazioni e per quello successivo l'andamento è stato altalenante, proprio mentre il flusso si consolidava, di conseguenza, è del tutto fuorviante sostenere le tesi iniziali. A corroborare questa confutazione, infine, vi sono due fenomeni: la maggioranza degli immigrati condannati si è concentrata nei reati contro il patrimonio e l'economia e esiste, in secondo luogo, una forte difficoltà a espletare attività criminali più remunerative, come lo spaccio di droga, che risultano restare appannaggio degli italiani.

Vincenzo Ruggiero, infatti, individua nel mercato illegale di droghe una segregazione degli immigrati nelle mansioni più rischiose e meno remunerative, individuando come ostacoli alla mobilità ascendente, la presenza di una forte criminalità organizzata che esercita un esteso controllo su queste attività e la forte riconoscibilità degli immigrati che stroncherebbe sul nascere qualsiasi tentativo.

La quota di denunce di pertinenza degli stranieri regolari è senz'altro inferiore a quella riguardante la popolazione complessiva residente (9 denunce ogni 100 italiani residenti e 6 denunce ogni 100 stranieri residenti)<sup>535</sup>. Ciò consente di affermare che la maggior parte degli “irregolari” e dei

---

<sup>535</sup> *L'immigrazione in Italia alle soglie del 2000*, Anticipazioni del “Dossier Statistico Immigrazione 2000”, Iniziativa Caritas/Fondazione Migrantes/Centro Studi Emigrazione, Roma, 1999

“clandestini” è costituita solo da brava gente che cerca di sopravvivere.

Sarebbe più fruttuoso studiare e contrastare l'impatto devastante delle organizzazioni criminali disseminate in Italia e nei paesi di provenienza piuttosto che fomentare l'opinione pubblica con dati fuorvianti e allarmanti e diffondere, al contrario i dati di quanti svolgono un'attività lavorativa e sono inseriti nella nostra società.

Nel complesso, pur con tutte le importanti novità segnalate, la legge Turco-Napolitano si muove sostanzialmente lungo le linee di tendenza che hanno caratterizzato le politiche migratorie dei paesi dell'Unione europea nell'ultimo quarto del secolo scorso. Grande attenzione è riservata alla limitazione dell'immigrazione irregolare, attraverso il controllo e la regolazione degli ingressi e dei soggiorni degli stranieri, specie di quelli che per provenienza e per caratteristiche hanno maggiore "probabilità" di ingrossare le fila dell'immigrazione clandestina; i canali di ingresso regolare sono gestiti con procedure complesse che di fatto tendono a renderne macchinoso il funzionamento; agli immigrati regolari vengono concessi i diritti civili e sociali, ma non quelli politici; si cerca di promuovere l'integrazione degli immigrati.

Quanto queste linee di tendenza, sviluppatesi in ben altro contesto e con ben altre storie migratorie, si adattassero alla gestione della dinamica del fenomeno in atto in Italia e negli altri paesi mediterranei dell'Unione europea è questione aperta. La stessa necessità di procedere a ripetute regolarizzazioni di immigrati, per altro già inseriti nel mercato del lavoro, dimostra la sostanziale impossibilità di eliminare completamente la componente clandestina del fenomeno e l'incapacità dei canali regolari di rispondere efficacemente ai fattori di richiamo presenti nei sistemi produttivi di questi paesi d'arrivo. Del resto, negli stessi indirizzi politici dell'Unione si presentano, proprio in quegli

anni, delle novità importanti.

#### IV.6. LA LEGGE “BOSSI-FINI”

Alle elezioni politiche del 2001 l'opposizione, ossia la Casa delle Libertà, si presentò come la migliore alternativa al precedente governo, in particolare per la Casa delle libertà non fu difficile interpretare gli stati d'animo dell'elettorato ed introdurre un novo programma sull'immigrazione diverso da quello del governo precedente che poneva l'accento sulla sicurezza nazionale<sup>536</sup>.

In primo luogo l'immigrazione divenne un importante punto di riferimento nella definizione della nazionalità italiana. Infatti secondo molti studiosi tra cui Conney<sup>537</sup>, “l'identità spesso viene definita attraverso le differenze: quando l'identità è debole, la definizione di se stessi parte dalla definizione di che cosa sono gli altri e da cosa li rende diversi da noi, infatti queste differenze vennero delineate da Silvio Berlusconi in termini di religione, democrazia e civilizzazione. In secondo luogo l'immigrazione venne dibattuta in termini di immigrazione clandestina e illegale che rappresentava una minaccia alla sicurezza nazionale, tale concetto venne portato avanti soprattutto dai membri della Lega Nord, dopo gli attentati del 9 settembre 2001 che hanno fatto nascere sospetti che gli immigrati clandestini fossero potenziali terroristi. Questa argomentazione è stata riportata anche sul sito della Marina Italiana<sup>538</sup>.

”Il fenomeno dell'immigrazione clandestina rimane uno dei problemi centrali per la sicurezza regionale e nazionale. Soprattutto in quanto è chiaro che essa costituisca un canale che alimenta le attività illecite e le attività che si legano, potenzialmente o realmente, alle reti del terrorismo internazionale”. Dopo la

---

<sup>536</sup>BUONFINO A., *Politics, discourse and Immigration as a security concern in the UE : a tale of two nations Italy and Britain*, Cambridge University, 2003, [www.cestim.it](http://www.cestim.it), pp.18-25

<sup>537</sup>CONNOLLY W., *“Identity difference: democratic negotiations of political paradox”*, Ithaca, Cornell UP, 1991, pag.43

<sup>538</sup> [www.marina.difesa.it](http://www.marina.difesa.it)



vittoria elettorale della Casa delle Libertà nel maggio 2001 e dopo l'attentato alle Torri Gemelle l'11 settembre 2001 i temi identitari si trasformarono in anti islamici soprattutto per opera della Lega Nord che si schiera contro la costruzione delle moschee, la riduzione dei visti ai musulmani e la chiusura dei centri islamici e delle moschee. In questo nuovo contesto nasce la legge n°189, il 30 luglio 2002, questa legge detta Bossi-Fini prende il nome dal vicepresidente del Consiglio Gianfranco Fini e dal ministro per le riforme costituzionali Umberto Bossi. Questa legge a differenza delle precedenti, non vide la partecipazione delle associazioni del terzo settore che si occupavano d'immigrazione, ma nacque da un comitato ristretto formato dal presidente, Gianfranco Fini, Umberto Bossi, Castelli Roberto, Maroni Roberto, e Mantovano A..

In linea generale come vedremo meglio nel dettaglio questa nuova legge non cambiò le disposizioni in materia di integrazione sociale, ma trasformò le condizioni di entrata in senso repressivo.

In particolare il ruolo del Ministro degli Interni nel controllo delle frontiere venne rafforzato, la detenzione amministrativa viene allungata e il reato di clandestinità diventa penale in caso di recidività.<sup>539</sup>

La legge n. 189/2002 rivede sistematicamente la legislazione italiana concernente gli stranieri. Il provvedimento intende realizzare un intervento ampio e organico sui principali testi legislativi concernenti gli stranieri provenienti dai paesi non appartenenti all'Unione Europea (il testo unico 25 Luglio 1998, n° 286 ed il decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416.)

L'esigenza di innovare profondamente l'attuale disciplina in materia di immigrazione, ad oltre tre anni dall'entrata in vigore del testo unico approvato con decreto legislativo 25 Luglio 1998, n. 286, costituiva oramai una necessità

---

539 RITAINE E., *L'europe du Sur face a l'immigration*, op.cit., págs. 64-65

ineludibile, unanimemente avvertita, tra coloro che, a vario titolo, operano nelle istituzioni e nella società civile e che si trovano nell'impossibilità di offrire soluzioni adeguate alle problematiche che il fenomeno dell'immigrazione extracomunitaria ha assunto nel nostro paese.

La linea guida dell'intervento normativo era quella di giustificare l'ingresso e la permanenza sul territorio nazionale dello straniero per soggiorni duraturi solo in relazione all'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa sicura e lecita, di carattere temporaneo o di elevata durata. A questa condizione sono garantite adeguate condizioni di lavoro e di alloggio, collegando il contratto di lavoro ad un impegno del datore di lavoro nei confronti del lavoratore e dello Stato e restando sempre possibile il rientro volontario nel paese di origine, mediante una garanzia dei mezzi necessari.

#### IV.6.A. GLI ELEMENTI DELLA NUOVA INIZIATIVA LEGISLATIVA

Gli elementi qualificanti della iniziativa legislativa concernono:

- a) l'orientamento della cooperazione internazionale e degli aiuti a favorire l'adozione, da parte degli stati non appartenenti all'Unione Europea, di politiche di effettivo contrasto nei confronti dello sfruttamento criminale dell'immigrazione clandestina, e quindi di condivisione degli obiettivi di lotta al traffico degli esseri umani ed a quelli connessi relativi al traffico di droga, di armi di prostituzione;
- b) integrazione dell'extracomunitario fondata sul reale inserimento nel mondo del lavoro. In tale prospettiva, ed in linea con la su indicata proposta di direttiva europea, viene prevista la nuova figura del contratto di soggiorno per lavoro, caratterizzato dalla prestazione da parte del datore di lavoro di una

garanzia di adeguata sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero nonché dall'impegno assunto dallo stesso datore di lavoro al pagamento delle spese del rientro del lavoratore medesimo. Tale contratto diviene requisito essenziale per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Con il sistema delineato, all'immigrato non comunitario si punta a garantire condizioni di vita e di lavoro decorose, invece della mera iscrizione nelle liste di collocamento, e lo inserisce in un circuito di legalità che riduce i rischi di eventuali tentativi di reclutamento della criminalità. La stipula del contratto di soggiorno avviene presso lo sportello unico per l'immigrazione, appositamente istituito presso la prefettura - Ufficio Territoriale del Governo - non solo per facilitare l'incontro fra la domanda l'offerta di lavoro, ma anche al fine di snellire gli adempimenti burocratici connessi;

c) la durata del permesso di soggiorno per lavoro viene commisurata alla durata del relativo contratto di soggiorno per lavoro;

d) la determinazione delle quote di ingresso per motivi di lavoro, che sarà predisposta anche con decreti infrannuali in base ai dati sull'effettiva richiesta di lavoro, prevedendo, tra l'altro, quote riservate ai lavoratori di origine italiana residenti in paesi non comunitari;

e) la soppressione dell'istituto dello sponsor, che nella sua attuazione non ha raggiunto l'obiettivo di favorire l'ingresso nella realtà lavorativa dei lavoratori stranieri. E' stata contestualmente, introdotta una disposizione che privilegia gli stranieri che hanno svolto un percorso formativo nei loro paesi di origine, sulla base di programmi di formazione professionale approvati da pubbliche amministrazioni italiane;

f) l'immediata operatività dell'espulsione dell'irregolare, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, in sostituzione delle vigenti disposizioni che prevedono un provvedimento preventivo di

intimazione a lasciare il territorio dello stato che nella sua applicazione si è rivelato una forma per eludere sostanzialmente l'effettiva espulsione;

g) la razionalizzazione dei ricongiungimenti familiari, in particolare, eliminando la possibilità per lo straniero di ricorrere all'istituto del ricongiungimento familiare per i parenti entro il terzo grado;

h) una procedura semplificata per il riconoscimento del diritto di asilo, garantendo la tutela da discriminazioni di qualsiasi tipo, ma al tempo stesso evitando che l'asilo sia impropriamente utilizzato per aggirare le disposizioni sull'immigrazione;

i) il coordinamento e il monitoraggio della normativa attraverso un apposito Comitato nazionale, che viene istituzionalizzato.

Infine, la legge n. 189/2002 pone mano ad un vecchio problema ancora irrisolto. In attesa di una disciplina organica in materia di diritto di asilo, che si riteneva comunque di rinviare a quando saranno definite le procedure minime – identiche per tutta l'Unione Europea – attualmente in discussione a Bruxelles, mutuando proprio le norme attualmente al vaglio del Consiglio Europeo, è stato ritenuto almeno di risolvere il problema costituito dalle domande di asilo realmente strumentali, ossia presentate al solo scopo di sfuggire all'esecuzione di un provvedimento di allontanamento ormai imminente. Finora la normativa vigente – l'articolo 1 della cd. legge Martelli – imponeva non solo la sospensione del provvedimento di allontanamento, ma anche la concessione di un permesso di soggiorno provvisorio in attesa dei giudizi della Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato che non sarebbe mai arrivato in quanto circa il novanta per cento dei presentatori di queste domande strumentali facevano poi perdere le loro tracce.

La disciplina introdotta, invece, precedendo l'applicazione della direttiva in

esame, instaura – per quelle domande che si ritengono manifestamente infondate – una “procedura semplificata” che si concluderà entro i tempi previsti per il trattenimento nei Centri di permanenza temporanei. “La legge, composta di 38 articoli, prevede:

- Misure agevolative in materia fiscale per favorire le elargizioni per le iniziative di carattere umanitario nei paesi non appartenenti all’OCSE e orienta, nel quadro degli accordi internazionali, la cooperazione internazionale e gli aiuti non a scopo umanitario, all’adozione, da parte dei paesi non appartenenti all’Unione Europea, di politiche di attiva collaborazione al fine di contrastare efficacemente le organizzazioni criminali operanti nell’immigrazione clandestina, nello sfruttamento della prostituzione, nel traffico degli stupefacenti, di armamenti, nonché in materia di cooperazione giudiziaria;
- La costituzione di un comitato per il coordinamento ed il monitoraggio dell’attuazione delle norme contenute nel testo unico. E’ questa una grave lacuna della normativa vigente alla quale si è tentato, fin ora di sopperire con provvedimenti amministrativi di dubbia efficacia e legati a più persone che a istituti. Il testo unico è una normativa complessa che prevede di continuo provvedimenti interministeriali anche di una certa difficoltà. Un tavolo di lavoro, diviso nei livelli politico ed amministrativo servirà a dirimere problemi insorti ed a facilitare quella collaborazione delle diverse amministrazioni che dovrebbe essere la regola in ogni stato moderno, visto che anche il cittadino chiede e pretende la soddisfazione dei suoi diritti dallo stato e non fa distinzione fra i diversi ministeri ed altre amministrazioni assimilate.
- Differimento al 31 dicembre dell’anno precedente a quello al quale il decreto di programmazione di ingressi si riferisce, il termine per la sua emanazione. Ciò per evitare ritardi che si ripercuotano sull’efficacia del sistema. Inoltre

viene abrogata la disposizione per la quale, in caso di mancata emanazione del decreto di programmazione dei flussi di lavoro, valgono le quote dell'anno precedente con una presunzione che non ha ragione di essere.

- Nuova disciplina dell'ingresso per lavoro. Infatti, accanto ai normali requisiti per l'ingresso, il permesso di soggiorno potrà esser rilasciato solo a avvenuta stipula di un "contratto di soggiorno", incontro della volontà del datore di lavoro e del lavoratore, certificato, all'estero, dalla nostra rappresentanza diplomatica o consolare. La medesima certificazione potrà essere rilasciata, sempre dalla rappresentanza diplomatica o consolare e prima dell'ingresso dello straniero sul territorio nazionale, per l'accertamento dei requisiti per lo svolgimento di un lavoro autonomo.

Una particolare cautela è stata posta per evitare contraffazioni dei documenti di ingresso e soggiorno, sia prevedendo particolari caratteristiche degli stessi, sia una particolare fattispecie criminosa.

- Istituzione della nuova fattispecie civile del contratto di soggiorno per lavoro stipulato fra un datore di lavoro italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia ed un prestatore di lavoro, cittadino di uno stato non appartenente all'Unione Europea o apolide, da sottoscrivere presso lo sportello unico per l'immigrazione, istituito presso ciascuna prefettura – ufficio territoriale del Governo – mediante il quale si prevede, a pena di nullità, la garanzia da parte del datore di lavoro di un'adeguata sistemazione alloggiativa per il lavoratore nonché l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di rientro del lavoratore nel paese di provenienza.

- Sanzionato l'obbligo, già previsto dal testo unico, di comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza dell'ospitalità concessa allo straniero o della sua assunzione.

- Elevato da cinque a sei anni il periodo di soggiorno per poter ottenere la carta

di soggiorno. Appare questo un periodo di tempo assai più congruo per poter giudicare il complessivo inserimento dello straniero.

-Più stringenti le norme poste a contrasto del favoreggiamento all'immigrazione clandestina: è prevista la confisca dei beni sequestrati e le navi militari o in servizio di polizia possono fermare in acque nazionali o internazionali imbarcazioni che si sospetta portino clandestini.

- Capovolgimento dell'attuale impostazione della disciplina dell'espulsione. Se l'espulsione era, di regola, effettuata mediante intimazione e solo in determinati casi con accompagnamento alla frontiera, con le modificazioni introdotte dalla legge n. 189/02 l'espulsione con accompagnamento alla frontiera diviene la regola ordinaria. L'intimazione rimane solo per alcuni limitati casi di mancato rinnovo del permesso di soggiorno, assistita comunque dalla possibilità del trattenimento presso i Centri di permanenza qualora sia rilevato un pericolo di fuga.

Il periodo di divieto di reingresso previsto dall'articolo 13, comma 13, è portato a 10 anni. Il termine dei 10 anni è temperato dalla possibilità della sua riduzione, fino a cinque anni, in fase di adozione del decreto di espulsione.

- Nuove norme sull'esecuzione dell'espulsione. L'esperienza ha dimostrato che i trenta giorni ora previsti come massimo per il trattenimento nei Centri di permanenza temporanea non sono sufficienti per assicurare il riconoscimento del clandestino, presupposto indispensabile per il suo rimpatrio. Il nuovo termine di sessanta giorni dovrebbe consentire il riconoscimento della quasi totalità dei trattenuti.

- Nuove disposizioni in tema di espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione. La norma prevede che lo straniero entrato illegalmente in Italia e detenuto in via definitiva con una pena, anche residua, di due anni, sia espulso in via alternativa alla rimanente pena da scontare. Se

rientra illegalmente la detenzione in carcere è ripristinata.

- Riformato integralmente la normativa sul lavoro subordinato a tempo determinato ed indeterminato; sono previsti, in luogo dello sponsor i titoli di prelazione nel collocamento dei lavoratori stranieri derivanti dall'aver frequentato corsi di formazione e aggiornamento professionale organizzati all'estero da enti abilitati; è punito anche con la revoca del permesso di soggiorno per chi produce, smercia o distribuisce prodotti falsi o contraffatti.
- Il compito di determinare il limite massimo annuale di ingresso degli sportivi stranieri che svolgono attività sportiva a titolo professionistico spetta al Ministro per i beni e le attività culturali.
- Ridotta la possibilità del ricongiungimento familiare al coniuge e ai figli minori. Modula diversamente il ricongiungimento del genitore a carico, prevedendosi l'ipotesi dell'impossibilità di altro sostegno nel paese di origine.
- Le misure di integrazione sociale sono riservate agli immigrati in regola con il permesso di soggiorno. Il riconoscimento dello status di rifugiato è, infatti, ancora regolato dall'articolo 1 del decreto legge 30 dicembre 1989 n° 416, convertito nella legge 28 febbraio 1990 n. 39.

Tale normativa prevede che a chi presenti una domanda di asilo - indipendentemente dalla sua posizione di regolare, irregolare, sottoposto a procedimento di allontanamento o altro - sia concesso un permesso di soggiorno in attesa della definizione della richiesta<sup>540</sup>.

---

<sup>540</sup> SCEVI P., "La condizione giuridica dello straniero dopo la nuova legge sull'immigrazione", *Studi emigrazione*, XXXIX, n°148, 2002, págs .907- 920



#### IV.6.B. LA PECULIARITÀ DELLA LEGGE

Il lato più peculiare di tale legge era rappresentato era rappresentato dal “contratto di soggiorno” che stabiliva la relazione diretta tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro che prevede per chi assume uno straniero l’obbligo di garantirgli un adeguato alloggio e di pagargli il rientro in patria a fine rapporto. Questo testo si dimostrò controproducente, innanzitutto scatenò una tempesta di indignazioni tra tutte le organizzazioni di sinistra e le ONG: essi mobilitarono tutti i loro simpatizzanti per opporvisi durante l’approvazione in parlamento ed organizzarono una grande manifestazione nel gennaio 2002.

Anche le associazioni cattoliche più implicate con il lavoro dei migranti quali Caritas, Migrantes e Salesiani vi si opposero drasticamente e anche Conferenza episcopale italiana prese una posizione contraria alla legge sebbene in modo molto moderato. Queste posizioni della Chiesa cattolica e delle sue organizzazioni si ripercossero anche nei dibattiti parlamentari della maggioranza dove l’UDC chiedeva una modifica delle parti più restrittive della legge, mentre la Lega e Alleanza Nazionale rimanevano fermi nelle proprie posizioni<sup>541</sup>.

In particolare tra i neo democristiani ebbe un peso rilevante il ministro per i Rapporti con il Parlamento Giovanardi che si fece diretto interprete delle prevalenti posizioni della Chiesa e delle organizzazioni cattoliche; L’UDC riuscì a fare approvare l’introduzione di una nuova sanatoria ( la quinta in dodici anni).

La sanatoria del 2002, anche in questo caso chiamata “regolarizzazione”, fu

---

<sup>541</sup>*Ibidem*

la più grande sanatoria mai varata nel Paese, vennero infatti accolte 702.000 domande, quasi quanto la somma di tutte e quattro le sanatorie precedenti.

Uno degli aspetti più sorprendenti, in seguito alle posizioni assunte precedentemente, fu la proposta del 7 ottobre del 2003 nel corso di un convegno del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro dell'onorevole Gianfranco Fini di estendere il diritto di voto amministrativo agli immigrati regolari da tempo residenti in Italia. A tale proposta fece seguito la presentazione alle Camere da parte del suo partito di un apposito disegno di legge costituzionale, questa proposta non rappresentava una novità, infatti durante il precedente governo Prodi vi era stato un disegno di legge che andava nella stessa direzione, ma non era stato portato in aula per il timore di una sua bocciatura.

#### IV.7. L'IMMIGRAZIONE OGGI: LA PRIMAVERA ARABA

“Il 2009 vede un calo dei flussi in ingresso di cittadini stranieri molto probabilmente legato alla recessione economica in atto e al fatto che gli effetti dell’ultima sanatoria saranno evidenti solo a partire dal 2010. Gli iscritti dall’estero risultano infatti circa 406 mila contro le 496 mila iscrizioni del 2008 e le 515 mila del 2007, flussi consistenti rispetto al 2005 e al 2006. Il primo balzo in aumento si è registrato in corrispondenza della regolarizzazione avvenuta nel 2002 che ha portato gli iscritti del 2003 attorno ai 424 mila con un incremento del 162%. Le tappe successive coincidono con l’allargamento dell’Unione europea prima nel 2004 e poi nel 2007: nel 2004 le iscrizioni risultano di poco inferiori alle 400 mila unità e nel 2007 arrivano al punto più alto superando le 500 mila”<sup>542</sup>. Oggi quindi, l’immigrazione, almeno quella regolare é collegata ai flussi migratori stabiliti dal Governo<sup>543</sup>.

Probabilmente, in tema d’immigrazione ha avuto un forte impatto quello straordinario cambiamento dello scenario mondiale che è stato chiamato Primavera araba. Anzitutto perché il processo è tuttora in corso e si ritiene sia destinato a investire progressivamente, anche se in forme diverse, l’intero mondo arabo, compresi i paesi del Golfo Persico. Una parte della sponda Sud del Mediterraneo ha tuttavia già vissuto un radicale rivolgimento politico: la Tunisia e l’Egitto sono nel pieno di una transizione democratica; in Libia si è compiuto il drammatico abbattimento del regime di Gheddafi e si è avviata una fase nuova; in Siria è in atto un sanguinoso conflitto, dagli esiti incerti e rispetto al quale è urgente un impegno della comunità internazionale sulla base

---

<sup>542</sup>FELTRINI PAOLO (responsabile), “*L’immigrazione per lavoro in Italia: evoluzione e prospettive*”, Italia Lavoro, 2011, pag. 61

<sup>543</sup>Tra gli altri Vid. MONT D'ARPIZIO Daniele, “*Il colore dei fratelli. Quarant'anni d'immigrazione nelle pagine della Difesa del Popolo*”, Euganea Editoriale, 2009, págs. 51 e ss.

del piano preparato dalla Lega araba. Quella Lega araba che è stata rivitalizzata dagli avvenimenti della scorsa primavera e che ha saputo raccogliergli gli stimoli positivi<sup>544</sup>.

Non è facile quindi distaccarsi dagli avvenimenti che stanno avvenendo, dai compiti politici e dalle responsabilità che chiamano in causa l'Europa. Ma cercando di avere uno sguardo d'insieme sul mutamento in atto, crediamo sia importante elaborare una linea interpretativa e una visione generale che consentano all'Europa di esercitare pienamente e in modo positivo la sua influenza in un'area cruciale per la nostra sicurezza e per le prospettive della nostra economia.

Nulla sarebbe più sbagliato e inefficace che adottare un atteggiamento di sospetto, di timorosa attesa, di sostanziale rimpianto per dittature con le quali purtroppo l'Europa ha intrattenuto fin troppo relazioni collusive e poco rispettose dei diritti dei popoli della sponda Sud del Mediterraneo<sup>545</sup>. Dobbiamo, invece, considerare questa rivoluzione come un successo dei valori, perché ne è stata protagonista una nuova generazione di arabi che si è educata ai principi democratici attraverso i media moderni, grazie all'utilizzo intelligente del mondo web, entrando in questo modo in contatto diretto con il nostro mondo, la nostra civiltà e i valori fondativi della convivenza in Europa. L'idea che i vecchi regimi autoritari fossero la migliore garanzia per i nostri interessi, la scelta di una Realpolitik che mantenesse intatto lo status quo, si sono dimostrate infondate alla prova dei fatti. Si è rivelato invece vero il contrario: il fondamentalismo islamico e il terrorismo si rafforzavano proprio

---

<sup>544</sup>La Lega Araba o Lega degli Stati Arabi (arabo: جامعة الدول العربية, Jāmi'at al-Duwal al-Arabiyya ) è un'organizzazione internazionale politica di stati del Nord-Africa, del Corno d'Africa e del Medio Oriente, nata il 22 marzo 1945. Fonte: Wikipedia

<sup>545</sup>In questa linea e per un quadro più completo Vid. ALLAM Magdi, *“Vincere la paura. La mia vita contro il terrorismo islamico e l'incoscienza dell'occidente”*, Mondadori, 2010

grazie al persistere di dittature che finivano per giustificare la violenza e spingere verso la disperazione e il radicalismo grandi masse di giovani.

Oggi siamo di fronte all'emergere, in quasi tutti questi paesi, di movimenti politici di ispirazione islamica con i quali è necessario fare i conti. Del resto non era difficile prevedere che proprio l'Islam politico avrebbe saputo raccogliere la spinta alla partecipazione e al protagonismo di grandi masse di donne e di uomini in paesi nei quali non esiste una forte tradizione di organizzazione politica e in cui la rete delle comunità religiose, comprese quelle che si occupano dell'assistenza e dell'educazione per i più poveri, è stata a lungo l'unica forma di organizzazione popolare radicata nella società.

#### IV.7.A. ESISTE UNA SFIDA?

Ceratamente sì. È rappresentata dalla conciliazione fra Islam e democrazia. Sullo sfondo ci sono le diverse esperienze della Repubblica Islamica dell'Iran o della Turchia democratica, governata da un partito di ispirazione religiosa. In Tunisia ed Egitto non si può dire che l'esito di questa sfida sia scontato, anche se molto fa sperare in una evoluzione democratica. Molto dipenderà dalle nostre scelte, dalla nostra capacità di accompagnare e incoraggiare apertamente le transizioni in corso, senza chiusure e diffidenze ideologiche. E dipenderà anche dal modo in cui l'Europa affronterà il tema della convivenza con le comunità islamiche che vivono nelle nostre società, chiedendo sì a ciascuna delle persone che ha scelto di venire a vivere da noi il rispetto delle nostre leggi, ma anche garantendo il pieno rispetto della libertà religiosa e contrastando con vigore fenomeni intollerabili di razzismo e islamofobia. In questo senso è interessante la visione dell'autore Enzo Pace, "possiamo

immaginare la mentalità collettiva come un territorio definito da confini simbolici, preservato da frontiere più o meno ben presidiate da solidi stereotipi che impediscono il passaggio di informazioni che en possano mettere in dubbio la consistenza e la forza della rappresentazione”<sup>546</sup>.

La coerenza dei nostri comportamenti qui in Europa renderà più credibile ogni nostro invito a garantire il pieno rispetto della libertà religiosa e dei diritti delle comunità cristiane che verrà rivolto ai nuovi governanti dei paesi della sponda Sud del Mediterraneo. In un grande e decisivo paese come l'Egitto appare, ad esempio, cruciale il tema della convivenza con la comunità copta: non una piccola minoranza, ma una parte rilevante del popolo egiziano (7-8 milioni di persone), che costituisce anche per storia e tradizione una componente fondamentale di quel paese. La democrazia non consiste soltanto nella elezione democratica dei Parlamenti e dei governi, ma è un insieme di regole e di garanzie innanzitutto poste a tutela delle minoranze e dei diritti individuali. Questo grande sforzo di conciliazione fra Islam e democrazia verrà messo alla prova sul fronte delle libertà e dei diritti delle donne.

Ci domandiamo se l'Europa abbia sin qui messo in campo un'azione politica all'altezza della portata storica del cambiamento, delle sfide e delle opportunità che esso ci propone. Sembra di no, malgrado lo sforzo fatto per ridefinire i contenuti delle politiche di vicinato e le aperture interessanti nei confronti dei movimenti politici di ispirazione islamica che hanno caratterizzato recenti scritti e prese di posizione dell'Alto Rappresentante per la politica estera e di difesa dell'UE Catherine Ashton. Questa riflessione deve essere spinta più a fondo e non possa riguardare soltanto una diversa

---

<sup>546</sup>PACE Enzo, “*Pluralità religiosa e convivenza territoriale: le comunità islamiche in Italia*”, in: BERTONCIN Marina, PASE Andrea, “*Pre-visioni di territorio. Rappresentazioni di scenari territoriali*”, Francoangeli, 2008, pág. 71

modulazione delle politiche di aiuto, ma debba necessariamente investire nodi strategici di grandissimo rilievo.

Per oltre un ventennio la politica europea ha guardato prevalentemente a Nord e a Est. Il crollo dei regimi autoritari comunisti e la fine della guerra fredda hanno spinto, comprensibilmente, l'Unione Europea a puntare innanzitutto a un allargamento dei suoi confini, a una stabilizzazione dei processi democratici e all'estensione dell'economia di mercato ai paesi dell'Europa centrale e orientale<sup>547</sup>. È stata la spinta all'allargamento dell'Unione europea la scelta fondamentale che ha orientato i processi politici, e che ha fatto sì che l'integrazione dell'Unione divenisse il principale obiettivo delle classi dirigenti e dell'opinione pubblica dei paesi dell'Est. Bisognerebbe ora pensare a una politica verso il Sud che abbia lo stesso respiro e la stessa forza.

La Primavera araba è tuttavia una svolta storica che può certamente essere accostata, per la portata rivoluzionaria degli avvenimenti, a ciò che avvenne nel 1989 in Europa. Anche per questo occorrerebbe almeno un gesto di discontinuità rispetto alle inconcludenti politiche europee sviluppatesi sotto l'egida del Processo di Barcellona, fino all'esperienza non certo esaltante dell'Unione per il Mediterraneo.

Il Movimento Europeo ha lanciato l'idea di una comunità euromediterranea con proprie istituzioni e risorse, aperta ai paesi della sponda Sud che scelgono con coerenza la democrazia e ai quali dunque proporre di divenire partner speciali dell'Unione europea. Si tratterebbe in sostanza di tradurre in una scelta significativa e visibile quel principio del *"more for more"* a cui fa riferimento

---

<sup>547</sup>Si è trattato di un processo che ha conseguito indubbi successi sotto la guida della Germania, cioè del paese europeo più interessato a una riunificazione del continente che ha avuto il suo cuore proprio nella riunificazione della nazione tedesca.

anche l'Alto Rappresentante nella recente elaborazione della nuova politica di vicinato. Certo, ipotesi di carattere istituzionale così complesse richiedono un tempo di maturazione e una riflessione difficile, ma sarebbe molto importante che almeno questa riflessione si aprisse. E potrebbe essere proprio l'Italia, un grande paese europeo a vocazione mediterranea, a prendere l'iniziativa.

Al di là degli aspetti istituzionali, però, è sulle politiche che occorre intervenire in modo coraggiosamente innovativo. Anzitutto bisogna gettare le basi di una vera cooperazione con i paesi produttori di materie prime basata su un rapporto di pari dignità, libera da ogni tentazione neocoloniale o predatoria. In secondo luogo, è necessario sviluppare una politica comune in materia di immigrazione. La recente condanna dei respingimenti italiani concordati con Gheddafi da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo è la testimonianza della insostenibilità di politiche meramente repressive, inumane e non rispettose delle regole fondamentali di diritto internazionale. Una politica comune europea in materia di immigrazione comporterebbe una partnership tra Europa e mondo arabo per una iniziativa comune verso l'Africa subsahariana, da cui provengono e proverranno grandi flussi migratori, che vedono gli stessi paesi nordafricani sempre più come luoghi di immigrazione e non solo di transito.

Vi è, inoltre, il nodo fondamentale di una politica per la pace e per la sicurezza che non può ridursi alla collaborazione nella lotta contro il terrorismo e all'impegno, che dovrebbe essere comune, per prevenire il rischio che l'Iran si doti di armi nucleari. Occorre allargare l'orizzonte, puntare a obiettivi più ambiziosi di denuclearizzazione del Medio Oriente e dell'intero bacino del Mediterraneo nel quadro di un programma di prevenzione ed eliminazione di ogni arma di distruzione di massa. Occorre, infine, affrontare i conflitti irrisolti, da quello antico che riguarda il Sahara Occidentale – che



richiede il pieno riconoscimento dei diritti del popolo saharawi nel quadro di un accordo tra il Marocco, la Mauritania e l'Algeria, necessario anche per la distensione e la cooperazione nel Maghreb arabo – a quello antichissimo fra israeliani e palestinesi. Sarebbe un errore per la leadership israeliana ritenere che la Primavera araba porterà a una emarginazione della questione palestinese. Al contrario, il rischio è che questo conflitto irrisolto assuma ancora di più un valore centrale, anche simbolico, nel rapporto fra Occidente e mondo islamico.

È dunque tempo di scelte coraggiose e di rinunce intelligenti sulla via della pace, e non di forzature arroganti (come quelle relative agli insediamenti e a Gerusalemme) che rischiano di compromettere definitivamente la speranza stessa di uno Stato palestinese. E forse noi europei dovremmo guardare a questo conflitto sia con il sentimento di amicizia che ci rende vicini ai due popoli che ne sono vittime, sia considerando i nostri interessi e la nostra sicurezza, aspetti che richiedono una ripresa spedita del cammino verso una vera pace<sup>548</sup>.

---

<sup>548</sup>Vid. <http://www.italianieuropei.it/it/italianieuropei-3-2012/item/2524-la-primavera-araba.html>

#### IV.8. L'INTEGRAZIONE DEL FENOMENO MIGRATORIO

L'integrazione della popolazione immigrata consiste in un processo bidirezionale basato sul rispetto di diritti e doveri reciproci e su di un processo interculturale: da una parte, il cittadino straniero deve adeguarsi alle regole e riconoscere i valori della società italiana, dall'altra deve avere accesso a beni e servizi che gli garantiscano una dignitosa qualità della vita.

In quest'ottica, le politiche di integrazione devono favorire la piena partecipazione economica, sociale e culturale dei cittadini stranieri, attraverso un costante confronto interistituzionale e politiche aperte di concertazione sociale, in considerazione dei principi, delle linee guida e dell'approccio multisettoriale espresso nella Comunicazione della Commissione europea su immigrazione, integrazione e occupazione (COM. 3.6.2003, n. 336)<sup>549</sup>.

L'elaborazione di politiche di integrazione deve tener conto dell'evoluzione della progettualità migratoria verso la ricerca di una maggiore stabilità, che si esprime, tra le altre cose, attraverso una crescente stabilità occupazionale, una migliore padronanza della lingua italiana, un aumento dei ricongiungimenti familiari e una maggiore partecipazione scolastica.

A fronte di persone stabilmente integrate nel paese, si è potuta rilevare la presenza di numerosi stranieri irregolarmente presenti, le cui condizioni di precarietà rende difficile una piena integrazione. Si tratta di una realtà parallela socialmente insostenibile, carica di rischi per l'ordine interno e la pacifica convivenza, che si ripercuote anche sulle politiche e le opportunità di integrazione sociale dei lavoratori regolarmente residenti.

I dati più recenti sulle tendenze all'integrazione sociale delle comunità

---

<sup>549</sup>In questo senso Vid. SAVINO Teresa, "Quale integrazione degli immigrati nel mondo del lavoro?", in BERTI Fabio, VALZANIA Andrea, "Le dinamiche locali dell'integrazione", Francoangeli, Fondazione Ismu, 2011, pag. 227

immigrate regolarmente residenti in Italia forniscono elementi utili per la definizione degli orientamenti verso i quali rivolgere le politiche di integrazione dei lavoratori stranieri recentemente regolarizzati.

La partecipazione di migliaia di immigrati a corsi di lingua italiana e la certificazione delle competenze linguistiche acquisite fornisce un primo elemento di riflessione sullo strategico ruolo veicolare della lingua nel processo di interazione tra stranieri adulti e società di accoglienza.

Il mondo della scuola rappresenta un altro spazio cruciale per l'interazione positiva tra stranieri e popolazione autoctona ed ha visto aumentare la presenza di alunni stranieri.

L'aumento delle aspirazioni all'acquisto di una abitazione mostra un altro elemento della stabilità e dell'integrazione raggiunta da molti immigrati. La difficoltà a trovare una casa rispondente alle esigenze abitative di molte famiglie immigrate fa emergere la necessità di trovare soluzioni rivolte a tutte le fasce svantaggiate della popolazione, anche favorendo la collaborazione tra istituzioni pubbliche centrali, locali, interlocutori privati e del Terzo Settore<sup>550</sup>. Il ricorso a figure di mediazione linguistico - culturale è stato ampiamente utilizzato in questi ultimi anni, producendo effetti positivi nella promozione dei diritti fondamentali e nella facilitazione dei rapporti tra cittadini stranieri e servizi pubblici. Un importante risultato si è raggiunto in ambito socio-sanitario e nell'informazione giuridica e occupazionale.

Questa strategia andrebbe rafforzata nel quadro di un riconoscimento formale delle competenze della figura professionale del mediatore culturale e

---

<sup>550</sup>In Italia dalle ultime stime i cittadini stranieri regolari oscillano fra 3,7 e 4 milioni, con una incidenza di oltre il 6% sul totale della popolazione, leggermente al di sopra della media Ue (l'Istat ha stimato quasi 3,5 milioni di presenze, ma il dato non è in contrasto in quanto tiene conto anche delle presenze regolari ancora non registrate in anagrafe a causa delle procedure molto lunghe), on line: [www.sunia.it/files/studi\\_ricerche/immigrati2009.pdf](http://www.sunia.it/files/studi_ricerche/immigrati2009.pdf)

della promozione del ricorso alla mediazione a vantaggio di una più efficace interazione tra stranieri e amministrazione pubblica.

La tutela dei diritti degli immigrati offerta dalle normative vigenti comporta però anche una puntuale conoscenza da parte del lavoratore immigrato dei suoi obblighi relativi ad una permanenza regolare in Italia. Il rispetto di tali doveri è indispensabile per evitare i rischi di una ricaduta nell'illegalità ed è per questo motivo che si dovrebbe promuovere un costante monitoraggio, a livello locale e regionale, della realtà migratoria e dei suoi sviluppi e campagne informative finalizzate a prevenire ogni rischio di permanenza illegale sul territorio.

#### IV.8.A. METODI D'INTEGRAZIONE

I punti fondamentali delle politiche d'immigrazione sono state riassunte dal Ministero del Welfare<sup>551</sup> secondo lo schema che segue:

- Dare ulteriore impulso alle misure di integrazione connesse con le nuove regolarizzazioni. Le politiche sociali dovranno essere in grado di rispondere alle esigenze poste dai nuovi nuclei familiari di origine straniera.
- Diffondere le iniziative intraprese negli accordi di programma pluriennali già stipulati con alcune regioni per l'attivazione e la realizzazione di progetti rivolti all'alfabetizzazione e all'apprendimento della lingua e della cultura italiana su tutto il territorio nazionale e nei paesi di emigrazione, nel quadro di accordi bilaterali e delle disposizioni normative offerte dall'articolo 19 "Titoli di prelazione" della Legge n. 189 del 30 luglio 2002, che ha modificato l'art. 23 del testo unico.

---

<sup>551</sup> [www.governo.it/immigrazione](http://www.governo.it/immigrazione)

- Offrire soluzioni abitative agli stranieri regolarmente residenti, che hanno difficoltà di accesso a un alloggio, anche alternative all'edilizia residenziale pubblica; favorire la sinergia tra i diversi attori presenti sul territorio per l'attuazione di nuove soluzioni che si adattino alle problematiche locali specifiche.
- Promuovere politiche di integrazione specifiche rivolte alle seconde generazioni, nella consapevolezza che un ruolo fondamentale spetta all'istruzione e alla formazione, anche tenendo conto dell'esperienza di altri paesi di meno recente immigrazione.
- Continuare l'attività di supporto al Comitato Minori stranieri, sia per la gestione della banca dati delle informazioni utili a monitorare il fenomeno, sia per implementare il sistema di rete relativamente alle indagini familiari, in modo da ottenere nel più breve tempo possibile le informazioni circa la situazione familiare del minore. A tal fine sarà opportuno sottoscrivere accordi con le rappresentanze diplomatico-consolari dei paesi d'origine dei minori allo scopo di accelerare le procedure di identificazione e razionalizzare l'iter del riaffidamento del minore. Allo stesso tempo, si dovranno ampliare i programmi di rimpatrio assistito con accordi con i Paesi di provenienza e con le realtà associative presenti nei Paese di origine, per facilitare il reinserimento familiare e sociale dei minori una volta rimpatriati.
- Favorire l'attività di comunicazione e diffusione dell'informazione rivolta alla popolazione straniera, finalizzata ad una puntuale informazione su diritti e doveri in materia di immigrazione, anche attraverso la figura dei mediatori culturali.
- Attivare gli Sportelli unici per l'immigrazione.
- Realizzare reti interistituzionali e interfunzionali di risorse e competenze, a livello locale, che individuino stabilmente nei Consigli territoriali per

l'immigrazione le sedi idonee ai fini della collaborazione istituzionale ai vari livelli; della concertazione sociale tra i vari soggetti presenti sul territorio rispetto all'analisi dei bisogni e delle esigenze; della programmazione e realizzazione delle iniziative di integrazione sociale; delle necessarie azioni di monitoraggio.

- Promuovere e valorizzare le esperienze già in atto nelle scuole mettendo a sistema buone pratiche realizzate anche con il concorso delle associazioni degli immigrati, del volontariato, degli Enti Locali. Uno strumento di conoscenza della realtà nazionale sugli alunni stranieri a scuola sarà fornito da una ricerca nazionale promossa dal MIUR con il coordinamento scientifico di studiosi dell'Università.
- Promuovere e realizzare confronti con le strategie educative degli altri Paesi europei, incrementare lo scambio di pratiche, esperienze, metodi di lavoro tra scuole e insegnanti di altri paesi.
- Promuovere una scuola delle culture e dei diritti umani, radicata nel proprio territorio e in Europa, collocata in una cornice di valori universali.
- Promuovere iniziative di formazione rivolte al personale della scuola di tutti i cicli scolastici, con particolare attenzione ai docenti curricolari di tutte le discipline per il potenziamento delle competenze professionali connesse all'integrazione degli alunni stranieri.
- In materia sanitaria, migliorare l'assistenza sanitaria alle donne straniere in gravidanza e favorire la riduzione del ricorso all'I.V.G.; ridurre l'incidenza dell'HIV, delle malattie sessualmente trasmesse e della tubercolosi, tramite interventi di prevenzione mirati a questa fascia di popolazione; raggiungere coperture vaccinali della popolazione infantile immigrata pari a quella ottenuta per la popolazione italiana; erogare gli interventi di profilassi primaria alle categorie di lavoratori stranieri ove prevista per i lavoratori italiani, ridurre gli

infortuni sul lavoro tra i lavoratori immigrati, tramite gli interventi previsti a tal fine per i lavoratori italiani.

- Reingegnerizzare processi di concessione della cittadinanza con l'applicazione di nuove procedure informatiche e la progressiva riduzione dei tempi di attesa dei richiedenti.

#### IV.8.B. L'IMPORTANZA DELLE ISTITUZIONI TERRITORIALI

Per una più puntuale politica di integrazione viene prevista dall'art. 3 del TU l'istituzione dei Consigli Territoriali per l'Immigrazione, organismi con compiti di analisi delle esigenze e di promozione degli interventi da attuare a livello locale. L'art. 57 del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 ha affidato ai Prefetti la responsabilità di assicurare la formazione e il funzionamento dei Consigli Territoriali e il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 1999, istituendo i Consigli in ogni provincia, ha attribuito agli stessi la presidenza dei suddetti organismi.

I Consigli sono composti da rappresentanti dei competenti uffici periferici delle amministrazioni dello Stato, dal Presidente della Provincia, da un rappresentante della Regione, dal sindaco del comune capoluogo o da un suo delegato nonché dal sindaco dei comuni della Provincia di volta in volta interessati o da un suo delegato, dal Presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da un suo delegato, da almeno due rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, da almeno due rappresentanti delle associazioni più rappresentative degli stranieri extracomunitari operanti nel territorio, da almeno due rappresentanti degli enti e delle associazioni localmente attivi nel soccorso e

nell'assistenza degli immigrati. Possono essere inoltre invitati a partecipare alle riunioni i rappresentanti delle Aziende Sanitarie Locali, nonché degli enti e delle associazioni localmente attivi nel soccorso e nell'assistenza agli immigrati.

I Consigli Territoriali per l'immigrazione rappresentano, innanzitutto, osservatori privilegiati del fenomeno immigratorio e punti focali di riferimento per tutti i soggetti che agiscono ai fini dell'integrazione degli stranieri regolari nel nostro Paese. Tali organismi costituiscono, in effetti, una preziosa risorsa per la pianificazione delle politiche per l'integrazione degli stranieri - consentendo, da un lato, attraverso la loro funzione di raccordo, di elaborare strategie e modulare interventi in relazione alle specifiche esigenze del territorio, e, dall'altro, di fungere da canale di trasmissione di preziosi flussi di informazione, dalla periferia al centro.

I Consigli Territoriali - progressivamente costituitisi in ogni Provincia in questi ultimi anni - hanno mostrato di saper affrontare le concrete difficoltà di inserimento degli immigrati nel tessuto sociale, avviando numerose iniziative, con la collaborazione di vari enti e associazioni locali. Sono state attivate forme di monitoraggio attraverso osservatori statistici già presenti sul territorio o con l'istituzione di appositi osservatori all'interno degli stessi Consigli. La creazione di reti telematiche - avviata in qualche realtà regionale - appare sicuramente la forma migliore per un'efficace raccolta e analisi dei dati.

Pur se i campi di indagine sono strutturati in base alle caratteristiche dei diversi territori, denominatori comuni di analisi per tutti i Consigli - utili alla lettura dei bisogni e del livello di inserimento sociale della popolazione immigrata - sono il monitoraggio sull'inserimento lavorativo, la domanda e l'offerta del mercato del lavoro locale, le soluzioni abitative, l'accesso ai servizi socio-sanitari, l'inserimento scolastico e i servizi rivolti ai minori in genere, gli



aspetti religiosi.

Un'attenta e approfondita attività di monitoraggio del fenomeno migratorio nei suoi più rilevanti aspetti, garantendo una reale conoscenza dei problemi dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo, consente e favorisce, quindi, la promozione e pianificazione integrata degli interventi e la fissazione di obiettivi a breve e medio termine perseguiti nell'ambito di commissioni o gruppi di lavoro, istituiti nei Consigli per fornire, nei vari settori di competenza, contributi in termini di idee e di proposte concrete.

La validità e l'efficacia dei Consigli si dimostra, inoltre, nella possibilità e capacità di esercitare una funzione di indirizzo delle risorse messe a disposizione da altri soggetti, costituendo punto di riferimento di iniziative e progettualità locali.

Essenziale, ai fini di un efficace funzionamento dei Consigli territoriali, è comunque il ruolo svolto dalle Regioni, Province e Comuni, soggetti principali per la programmazione delle politiche di integrazione a livello locale.

L'attivazione – a livello regionale - di appositi tavoli di confronto periodici con i Consigli Territoriali si è dimostrata un coefficiente di facilitazione nodale per la costruzione di sistemi integrati delle competenze e per la convergenza delle risorse disponibili verso il raggiungimento di obiettivi condivisi. Nelle realtà regionali che hanno dato vita a questa concertazione periodica con i Consigli Territoriali e dove questi ultimi si sono posti, coordinandosi tra loro, come interlocutori privilegiati delle Regioni stesse, sono stati predisposti dei piani progettuali di intervento integrati, omogenei e rispondenti alle reali necessità espresse dal territorio.

L'importanza del ruolo dei Consigli Territoriali è confermata anche dalla positiva ricaduta del coinvolgimento di tali organismi in occasione della procedura di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari, ancora in atto. Le

Prefetture si sono avvalse dei Consigli, per meglio accompagnare le procedure burocratiche attivando strategie di comunicazione ampie ed efficaci.

Attraverso i Consigli, è stato possibile interessare tutti i soggetti del mondo dell'associazionismo per veicolare informazioni corrette ed omogenee. In tale circostanza i Consigli si sono tradotti in punti focali di informazione e di consulenza, in sedi privilegiate di confronto e discussione sulle problematiche della regolarizzazione, contribuendo, quindi, allo snellimento ed alla semplificazione delle operazioni connesse alla stessa procedura. Dagli stessi Consigli sono stati inoltre segnalati quesiti e problemi all'Amministrazione Centrale, che hanno contribuito anche a correggere e migliorare la procedura. Tali organismi, quindi, potranno rappresentare un efficace strumento di dialogo ed orientamento anche riguardo ai procedimenti di attuazione della nuova legge sull'immigrazione.

Attraverso i Consigli Territoriali per l'Immigrazione si ritiene che possa essere effettuata una capillare opera di informazione sul territorio, attraverso i rappresentanti degli stranieri presenti nei Consigli stessi, riguardo alle novità della Legge 189/2002 e, in generale, ai diritti ed ai doveri degli stranieri presenti sul territorio.

#### IV.8.C. L'EDUCAZIONE COME FORMA D'INTEGRAZIONE

L'aumento progressivo, negli ultimi anni, del numero di alunni che non hanno cittadinanza italiana pone l'accento sul carattere di stabilità assunto dal fenomeno immigratorio ed evidenzia la necessità di una pianificazione delle risorse e degli interventi. La scuola rappresenta il principale canale di integrazione dei minori immigrati.

Dal 1983 ad oggi, gli alunni stranieri non hanno mai smesso di aumentare, con un ritmo che è cresciuto notevolmente a partire dall'anno scolastico 1996/97. Nel 2000/01 gli alunni stranieri erano 147 mila 406 (+28mila rispetto l'anno precedente), per diventare 282.683 nel 2003/4. Tra il 2000 ed il 2004 il numero di alunni stranieri è raddoppiato.

Tra i Paesi di provenienza guidano la classifica: Albania, Marocco, ex Jugoslavia e Romania, ma è ben rappresentato anche il resto del mondo. Le province italiane con le più alte percentuali di stranieri sono Mantova (9,32%), Prato (9,85%) e Reggio Emilia (8,70%)<sup>552</sup>.

Nell'anno accademico 2002-2003, gli stranieri iscritti nelle università italiane, a corsi di studio di I livello e post laurea, sono stati 34.000 con un incidenza percentuale, rispetto all'intera popolazione studentesca dell'1,84%.

Nello stesso anno hanno lasciato il sistema universitario italiano, acquisendo un titolo di studio, quasi 3000 giovani provenienti dall'estero, pari all'1,3% degli studenti. Si registra un incremento della presenza degli studenti provenienti dall'area balcanica: albanesi, croati, rumeni ai primi posti. Per contrastare il disagio e l'abbandono scolastico è stato elaborato un progetto nazionale, denominato "ENJOY", che mette a frutto esperienze italiane ed europee. L'ipotesi del progetto è rivolta a costituire, in una complementarità d'interventi delle principali agenzie educative (scuola, famiglia, privato sociale) la costruzione di centri di aggregazione giovanile il cui target è costituito da giovani di età compresa tra i 13 e i 18 anni. Anche nell'ambito della scuola la figura del mediatore linguistico e culturale si è rivelata in grado di facilitare l'inserimento e di svolgere funzioni di supporto e di assistenza, sia in termini di conoscenza delle culture di cui sono portatori gli alunni

---

<sup>552</sup>Fonte: ISTAT

immigrati, sia come sostegno agli stessi nella fase di adattamento alla scuola. Il mediatore, inoltre, può svolgere un ruolo non trascurabile proprio in quel dialogo con le famiglie che si considera fondamentale per l'integrazione.

#### IV.8.D. L'INSEGNAMENTO DELL'ITALIANO

A tutti i livelli, sia per i bambini che per gli adulti costituisce un altro obiettivo importante. Per quanto riguarda i bambini e i ragazzi in età scolare, gli interventi finalizzati all'insegnamento della lingua di studio andranno strutturati tenendo conto della cultura di origine e realizzati all'interno delle classi di appartenenza e in laboratori interculturali e interlingue istituiti presso le scuole. Le esperienze in questa direzione, già realizzate in Italia, hanno prodotto risultati positivi.

Un obiettivo sarà quello di costituire una Banca Dati di buone pratiche didattiche avviando altresì un monitoraggio e una valutazione degli esiti formativi.

Il riconoscimento dell'importanza della lingua come strumento di integrazione è anche alla base del progetto pilota per la costituzione di un sistema nazionale per l'insegnamento dell'italiano di base agli immigrati adulti, condotto dal MIUR in collaborazione con le Università italiane su tutto il territorio nazionale.

Anche la geografia della partecipazione dei cittadini stranieri adulti ai corsi di alfabetizzazione primaria e ai corsi per l'integrazione linguistica e sociale conferma le caratteristiche che si sono delineate nell'indagine sugli alunni che non hanno cittadinanza italiana: i tre quarti dei corsi per stranieri sono stati attivati nelle regioni settentrionali. Le regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-

Romagna sono ai primi posti per numero di corsi per adulti rivolti ai cittadini stranieri<sup>553</sup>.

Nel quadro della politica di internazionalizzazione della ricerca che il Governo sta perseguendo, sono stati conclusi negli ultimi anni numerosi accordi bilaterali per lo sviluppo della cooperazione scientifica e tecnologica da realizzarsi attraverso:

1. scambio di studiosi, di ricercatori, di specialisti e di esperti;
2. organizzazione di seminari, conferenze scientifiche e tecnologiche;
3. ricerche comuni su progetti interessanti le parti;
4. scambi di documentazione scientifica e tecnica;
5. partecipazione congiunta a programmi quadro dell'Unione europea per le ricerche scientifiche, lo sviluppo tecnologico e le innovazioni in altri programmi europei per la collaborazione scientifica e tecnica;
6. promozione della stipula di specifici accordi e intese tra Università, enti di ricerca e associazioni scientifiche, nonché partecipazione a programmi multilaterali.

In coerenza con tali accordi, il testo unico sull'immigrazione ha espressamente escluso i ricercatori e i docenti universitari dal sistema delle "quote" che regola di anno in anno gli ingressi di cittadini non comunitari in Italia. E' quindi consentito senza limitazioni l'ingresso dall'estero di ricercatori.

Quali quindi le iniziative?

La conoscenza della lingua rappresenta un indicatore del successo del percorso migratorio e della capacità degli immigrati di inserirsi professionalmente e socialmente nella società italiana. I problemi posti dall'apprendimento della lingua sono stati troppo spesso delegati alle modalità di acquisizione

---

<sup>553</sup>Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, *"L'offerta formativa dei centri territoriali permanenti"*, 2003.

spontanea. L'insegnamento sistematico della lingua italiana rappresenta un passaggio essenziale per la facilitazione del processo di integrazione nella comunità di accoglienza.

Molte esperienze di insegnamento dell'italiano come seconda lingua hanno mostrato la loro efficacia in questi anni. Sulla base di quanto stabilito dal Decreto Legislativo n. 286/1998 "testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" e successive modificazioni (Legge 189/02), all'Art. 38 "Istruzione degli stranieri. Educazione interculturale", l'insegnamento della lingua italiana è promosso dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali, anche in collaborazione con le associazioni del terzo settore e del volontariato, tenuto conto delle esigenze dei lavoratori e valorizzando le strutture esistenti sul territorio.

Le esperienze di certificazione ufficiale della competenza linguistica si sono dimostrate estremamente positive, perché garantiscono al cittadino straniero una chiave di accesso privilegiato nel tessuto economico-produttivo e socio-culturale italiano. Il riconoscimento delle competenze linguistiche, attraverso indicatori e parametri standardizzati di valutazione, tutela sia il datore di lavoro che il lavoratore straniero e favorisce la conoscenza dei valori e della cultura italiana da parte dell'immigrato.

#### IV.8.E. LA SALUTE DEGLI STRANIERI

L'immigrazione, in Italia, si configura come un fenomeno relativamente recente, se confrontato ad altri Paesi europei; pertanto ci troviamo attualmente di fronte ad individui appartenenti alla prima o - per alcune comunità di stranieri - alla seconda generazione di immigrati, con una bassa percentuale di

soggetti anziani e di bambini.

Se nel recente passato il fenomeno migratorio (nel caso della prima generazione di immigrati) interessava principalmente individui autoselezionati, di età giovanile e in buona salute (condizione descritta dalla letteratura scientifica come “effetto migrante sano”), ciò non è valido, a priori, per le generazioni successive o per specifiche tipologie di immigrati, quali i profughi ed i richiedenti asilo (caratterizzati da una costrizione alla migrazione) o, ad esempio, per gli stranieri presenti per effetto di un ricongiungimento familiare. Infatti, oltre alle condizioni che minacciano la salute di tutti i soggetti deboli e che colpiscono in modo particolare una non trascurabile fascia di questa popolazione (disoccupazione o precarietà occupazionale e scarsa tutela sul lavoro; inadeguatezza alloggiativa, sovraffollamento e carenze igieniche; alimentazione insufficiente e/o sbilanciata; diversità climatiche), si devono tenere presenti fattori peculiari che svolgono un ruolo particolare nei confronti della salute degli immigrati legati al quadro epidemiologico del paese di origine e ad aspetti culturali (difficoltà di comunicazione e di inserimento sociale), psicologici (lontananza dagli affetti, mancanza di supporto familiare, rischio di fallimento del progetto migratorio) e di discriminazione nell'accesso ai servizi.

#### IV.8.F. LE POLITICHE ABITATIVE

La situazione abitativa per gli immigrati stranieri si presenta per più aspetti problematica. Il disagio per la situazione abitativa si sta aggravando soprattutto nel centro nord e nelle aree metropolitane, non solo per la condizione specifica dei cittadini immigrati, oltre tutto con il forte incremento dei ricongiungimenti

familiari.

Il patrimonio in affitto disponibile è in Italia estremamente ridotto e ancora più scarsa è l'offerta per le fasce svantaggiate della popolazione, anche italiana. La domanda di alloggi in affitto a canoni calmierati, accessibili ai redditi medio-bassi, è in forte aumento, a fronte di un'offerta abitativa pubblica ampiamente insufficiente ed un'offerta privata molto limitata, rigida, scarsamente disponibile nei confronti degli immigrati.

Dall'inizio del fenomeno immigratorio in Italia, gli Enti locali hanno cercato di rispondere a questi bisogni, in collaborazione con il volontariato e con il terzo settore, dando vita ad iniziative ed esperienze anche innovative: Associazioni, Volontariato, Fondazioni, Cooperative, Agenzie sociali per la sola intermediazione fra domanda e offerta abitativa in affitto, ecc.

Gli obiettivi da perseguire sono quelli di:

- ridurre gli ostacoli all'utilizzazione del patrimonio privato disponibile, con misure che assicurino la buona conduzione dell'alloggio e la possibilità di riottenerne la disponibilità al momento della scadenza contrattuale;
- perseguire il calmieramento dei canoni di affitto con l'attivazione di politiche abitative da parte degli Enti locali, volte a creare le condizioni affinché a fronte della concessione di contributi da parte della Pubblica Amministrazione, di agevolazioni fiscali locali e nazionali, di offerta di aree a basso costo per le nuove costruzioni, del ricavo di alloggi dal recupero di edifici dismessi, regolato da convenzioni, ci sia una contropartita soprattutto in merito alla riduzione del costo dell'affitto.
- incentivare il concorso dei datori di lavoro delineando specifiche agevolazioni, fermi restando i vincoli della finanza pubblica: nel caso di contributo per il pagamento dell'affitto, verificarne la sua deducibilità dal reddito d'impresa e da lavoro dipendente, nonché la natura non retributiva ai



fini contributivi; nel caso di finanziamento, comunque da recuperare in modi e tempi stabiliti, verificare la possibilità di collegarvi un risparmio fiscale sotto forma di credito d'imposta.

#### IV.8.G. VITA FAMILIARE, SECONDE GENERAZIONI E RICONGIUNGIMENTI

L'Italia registra oramai da anni una sostanziale crescita della popolazione immigrata determinata prevalentemente dai ricongiungimenti o dalla costituzione di nuovi nuclei familiari.

In Italia al 2011 si calcolano circa 500.000 minori presenti dei quali oltre 350.000 sono gli alunni stranieri inseriti nel mondo della scuola. Se la famiglia rappresenta un fattore cruciale nel processo di integrazione, l'aumento dei nuclei familiari composti da stranieri comporta anche nuovi bisogni, che incidono sui servizi scolastici, sociali, educativi, sanitari e abitativi.

Nell'ambito della famiglia immigrata, un aspetto che dovrebbe cominciare ad essere monitorato con maggiore sistematicità è rappresentato dalle relazioni intergenerazionali tra genitori e figli e dalle caratteristiche del processo di integrazione delle seconde generazioni. La dimensione strutturale dell'immigrazione in Italia comporta la necessità di sviluppare misure volte a favorire i processi di integrazione sociale delle giovani generazioni, anche in considerazione dell'esperienza di altri paesi di meno recente immigrazione. In questi paesi è ormai maturata la consapevolezza che le seconde e terze generazioni rappresentano categorie portatrici di particolari bisogni cui rivolgere una attenzione specifica.

Le seconde generazioni esprimono infatti identità multiple, che non si

identificano più con i luoghi del passato migratorio dei propri genitori, ma nemmeno con la nuova società di accoglienza.

Il desiderio di appartenenza e di mimesi con i giovani autoctoni, i modelli di riferimento e le pressioni delle comunità di origine producono identità molto complesse.

In Italia la tendenza è stata fino ad oggi quella di parlare più di minori stranieri che non di seconde generazioni, incentrando il dibattito e la ricerca quasi esclusivamente sulle dinamiche educative e interculturali: tema cruciale ma che non assorbe tutti gli aspetti della vita sociale dei giovani figli di immigrati. Accanto al tema dei percorsi scolastici delle seconde generazioni andranno prese in considerazione con maggiore attenzione le dinamiche familiari determinate dal confronto tra prima e seconda generazione in termini di aspettative, motivazioni personali e progetti di vita, nonché la formazione professionale e l'inserimento lavorativo.

Forme di discriminazione possono infatti impedire al giovane migrante di seconda e terza generazione di accedere su un piano paritario rispetto ai cittadini del paese ospitante ad un impiego e ad un ruolo nella società.

#### **IV.8.H. INIZIATIVE PER MIGLIORARE LA COMPrensIONE CON LE DIVERSE FEDI RELIGIOSE**

Secondo i principi di laicità dello Stato, questo si pone in una posizione di non ingerenza di fronte alle confessioni religiose, quanto a partecipazione ed organizzazione delle stesse, senza essere estraneo ed indifferente, tuttavia, alle garanzie dei diritti inviolabili dell'essere umano, che debbono spettare agli aderenti a tutte le confessioni.

Vanno osservati, al riguardo, i principi contenuti negli articoli 3, 8 e 19 della Costituzione che concernono l'uguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione; la pari libertà delle confessioni religiose che hanno diritto di organizzarsi secondo propri statuti e i cui rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di 'intese'; il diritto di tutti – quindi non solo dei cittadini, ma anche degli stranieri – di professare la propria fede, farne propaganda ed esercitare il relativo culto, a condizione, tuttavia, che si tratti di riti non contrari al buon costume.

Grazie al ruolo che la Chiesa cattolica ha sempre rivestito e riveste nella cultura storicoreligiosa del Paese, alla stessa è conferito un particolare riconoscimento costituzionale: l'art. 7 della Costituzione prevede, infatti, che 'Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani' ed i relativi rapporti sono regolati con speciali norme di natura pattizia (il *Trattato* e il *Concordato*)<sup>554</sup>.

Rimane basilare, in ogni caso, il citato principio costituzionale che prevede il diritto di tutti – e quindi anche degli stranieri presenti nel nostro Paese – di professare la propria fede, farne propaganda ed esercitare il relativo culto, con l'unica condizione che non si tratti di riti contrari al buon costume. A tale condizione, dunque, tutte le confessioni religiose dagli stranieri possono essere professate liberamente. Il loro concreto impatto sul nostro territorio, tuttavia, non si presenta sempre semplice, specie per quei culti che si accompagnano ad usi e tradizioni molto diversi e distanti dai nostri e che spesso suscitano forti diffidenze nelle popolazioni locali.

I Consigli territoriali per l'immigrazione rappresentano, infatti, le sedi locali

---

<sup>554</sup>Per quanto riguarda le altre confessioni, lo Stato ha, finora, stipulato le 'intese' di cui al citato art. 8 della Costituzione con: la Tavola Valdese, l'Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° Giorno, le Assemblee di Dio in Italia, l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia, la Chiesa Evangelica Luterana in Italia e l'Unione delle Comunità Ebraiche italiane.

di analisi e confronto delle problematiche degli immigrati e di riferimento per tutti i soggetti che agiscono ai fini dell'integrazione degli stranieri sul nostro territorio. Anche le problematiche che riguardano gli aspetti religiosi della vita degli stranieri possono, quindi, esservi discusse e approfondite, allo scopo di agevolare la conoscenza e la comprensione delle diverse fedi religiose, che debbono essere, in ogni caso, praticate nel rispetto delle leggi del nostro Paese. Si ritiene, pertanto, che vada conferito sempre maggiore impulso, attraverso detti Consigli - ed in ogni altra sede opportuna - alle iniziative di informazione e sensibilizzazione su tale delicato tema, che rappresenta sicuramente uno degli aspetti di maggior rilievo ed importanza riguardanti la convivenza e l'integrazione degli stranieri in Italia.

Il Ministero dell'interno ha proposto il tema del dialogo inter-religioso anche in sede comunitaria, realizzando durante il semestre di Presidenza un'importante Conferenza dei Ministri dell'interno dell'Unione allargata ai nuovi Stati membri e ai Paesi candidati. Da questa iniziativa è scaturito l'impegno dell'Unione, contenuto in un'apposita Dichiarazione adottata dai Ministri dell'interno e sancita dai Capi di Stato e di Governo, ad assumere ogni possibile iniziativa per favorire il dialogo tra le diverse fedi religiose, con particolare riguardo alle tre grandi fedi monoteistiche.

#### **IV.8.I. LOTTA ALLE DISCRIMINAZIONI**

Su questo fronte, il Dipartimento per le pari opportunità è intervenuto, di recente, per integrare, in modo significativo, il quadro normativo di riferimento.

Si segnala, infatti, che è stata recepita, con decreto legislativo 9 luglio 2003, n°215, la direttiva 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento

fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in un ambito di applicazione dai confini estesi comprendenti il settore pubblico e privato, lo svolgimento del rapporto di lavoro, la protezione sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso a beni e servizi. Il Decreto fa, inoltre, salve tutte le disposizioni vigenti inerenti le condizioni di ingresso, soggiorno e accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini nei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato e le disposizioni che prevedono differenze di trattamento basate sulla nazionalità.

Il decreto offre una precisa definizione di discriminazione diretta e indiretta, prevede la giustificazione di alcune discriminazioni, disciplina i meccanismi di tutela giurisdizionale da attivare anche attraverso associazioni ed enti, iscritti in appositi elenchi, cui è stata riconosciuta la legittimazione ad agire. Il provvedimento garantisce alla persona vittima di un comportamento discriminatorio una tutela giurisdizionale ampia e completa, consentendole di esperire o l'azione disciplinata dall'art. 44 del testo unico dell'immigrazione o il tentativo di conciliazione. Nel caso di accoglimento del ricorso il soggetto discriminato potrà ottenere il risarcimento del danno anche non patrimoniale, la cessazione del comportamento discriminatorio, nonché la rimozione degli effetti ad esso collegati. Rispondendo alle sollecitazioni del diritto comunitario, il decreto, inoltre, istituisce presso il Dipartimento per le pari opportunità l'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, quale presidio di riferimento per il controllo e la garanzia della parità di trattamento e dell'operatività degli strumenti di tutela.

A questa nuova struttura sono affidati compiti specifici di assistenza alle vittime di comportamenti discriminatori nei procedimenti intrapresi da queste ultime sia in sede amministrativa che giurisdizionale; di promozione di azioni

di sensibilizzazione e campagne di comunicazione; di incentivazione di studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, anche in collaborazione con le associazioni e organizzazioni che operano nel settore.

Il Decreto Legislativo in esame prevede, inoltre, sia istituito un albo cui possono iscriversi le associazioni che hanno un'esperienza consolidata nella materia della lotta alle discriminazioni.

#### IV.8.J. LA MEDIAZIONE CULTURALE

Negli ultimi anni i mediatori culturali hanno svolto un ruolo importante per la facilitazione dei processi di integrazione sociale e culturale degli immigrati soggiornanti in Italia. Questa figura professionale dovrà sempre di più favorire il rapporto tra i cittadini stranieri e le istituzioni pubbliche. La loro presenza, dall'accoglienza agli sbarchi, al supporto agli operatori italiani, alla funzione di orientamento e informazione sui diritti, all'attività di educazione interculturale e sostegno nei confronti di alunni stranieri o dei pazienti stranieri, comporta competenze diversificate rispetto ai diversi contesti.

Se nel settore della pubblica sicurezza e della giustizia il mediatore accompagna lo straniero nelle procedure che legittimano la sua presenza regolare in Italia o che sanzionano la violazione di determinate norme, in ambito sociale, sanitario, scolastico, il mediatore facilita il processo di integrazione dello straniero, agendo come facilitatore nei rapporti con le istituzioni e come agente di pari opportunità, mediatore di squilibri nell'accesso ai servizi.

Le crescenti esigenze di mediazione culturale da parte delle amministrazioni e le esperienze realizzate in questi anni, suggeriscono per il futuro l'adozione

di modalità diversificate per la collaborazione del mediatore, dal servizio a chiamata alla presenza fissa. La “convenzione a chiamata”, cioè tramite stipula di convenzione con singoli mediatori o associazioni che attuano un servizio di mediazione linguistico-culturale intervenendo “su chiamata” dell’istituzione in caso di bisogno può rispondere ad esigenze contingenti e temporalmente limitate o a servizi con utenza ridotta, mentre la “presenza fissa” potrebbe rispondere meglio ai bisogni delle questure, delle carceri e di ospedali di grandi città dove la presenza di stranieri appartenenti a determinate nazionalità è elevata e costante.

Sotto questo profilo, l’azione dei mediatori dovrebbe essere sostenuta da una standardizzazione dei percorsi formativi e dal riconoscimento di specifiche competenze professionali, da disciplinare a livello normativo nazionale.

#### IV.9. IL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO

“A partire da febbraio 2011, il numero dei migranti giunti sulle coste italiane ed in particolare, a Lampedusa, come conseguenza della crisi del Nord-Africa, è aumentato consistentemente. Di fronte “all’eccezionale afflusso”, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con Decreto del 12 febbraio 2011 ha dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 dicembre 2011. Con successivo Decreto del 6 ottobre 2011 lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 31 dicembre 2012”<sup>555</sup>. Il fenomeno quindi dell'immigrazione include anche quello dei minori d'età.

Lo stato italiano, ha l'obbligazione di proteggere i minori stranieri non accompagnati trattandoli come se fossero minori nazionali. Tale obbligazione deriva dai Trattati internazionali e dalle legislazioni recepite in tutti i paesi europei. “Gli stati che li ospitano sono tenuti quindi a garantire l'incolumità e la salute dei giovani stranieri, permettendogli di usufruire dei servizi scolastici e di welfare di cui usufruisce il resto dei cittadini”<sup>556</sup>.

In questo senso sembrerebbe che i minori stranieri non accompagnati “non dovrebbero essere mai respinti in frontiera o rimpatriati prima che una valutazione del superiore interesse e dei bisogni di protezione sia stata effettuata per ciascun minore su base individuale”<sup>557</sup>. In Italia, si riconoscono i

---

<sup>555</sup>Si veda [http://www.protezionecivile.gov.it/resources/cms/documents/DPCM\\_6\\_10\\_11\\_Emergenza\\_Nord\\_Africa.pdf](http://www.protezionecivile.gov.it/resources/cms/documents/DPCM_6_10_11_Emergenza_Nord_Africa.pdf) citado en SAVE DE CHILDREN, “L'accoglienza temporanea dei minori stranieri non accompagnati arrivati via mare. Lampedusa nel contesto dell'emergenza umanitaria Nord Africa”, 2011

<sup>556</sup>CAMPANI Giovanna, SALIMBENI Olivia, “*La fortezza e i ragazzini. La situazione dei minori stranieri in Europa*”, Politiche Migratorie, Francoangeli, 2006, pág. 36

<sup>557</sup>SAVE DE CHILDREN, “*I minori stranieri in Italia*” II° Rapporto Annuale, 2010, pág. 40. “Risulta a tale proposito poco chiaro il ruolo che FRONTEX (l'agenzia della UE avente il compito di coordinare la collaborazione operativa tra gli Stati Membri in materia di controllo delle frontiere) avrà nell'ambito della gestione dei flussi migratori misti e della protezione dei minori stranieri in tale contesto. Nell'EU Action Plan sui minori stranieri non accompagnati



benefici dei Trattati internazionali solamente nel caso in cui i minori siano registrati con permesso di soggiorno. Dall'altro lato quindi coloro che non sono registrati si possono vedere sottoposti ad alcune restrizioni. “L'attuale Legge sull'immigrazione, ad esempio, prevede una maggiore severità nei confronti dei minori stranieri non accompagnati stabilendo che questi possano anche essere rimandati nel loro paese d'origine non appena venga rintracciata la loro provenienza e la loro famiglia, qualora tale rimpatrio venga giudicato necessario”<sup>558</sup>.

Secondo il sistema giuridico-legale italiano, i minori stranieri non accompagnati sono quei minori che senza assistenza e rappresentanza dei genitori o di un adulto legalmente responsabile, si trovano nel territorio italiano<sup>559</sup> e non hanno fatto domanda d'asilo<sup>560</sup>. In materia d'immigrazione, la legislazione italiana, adesso come in passato, stabilisce un determinato numero d'ingressi che si conoscono come “flussi migratori”. Questo comporta stabilire una immigrazione regolare ed una irregolare che ovviamente si rifelette anche sul fenomeno oggetto di questa tesi dottorale. Sotto il profilo sociale, dunque, la permanenza in Italia dei minori non accompagnati presenta due caratteristiche di non scarso rilievo. In primo luogo, l'ampia maggioranza dei minori non accompagnati vive in condizione di irregolarità o clandestinità. In secondo luogo, si tratta di minori che come tali devono essere protetti<sup>561</sup>. La

---

(2010), la Commissione invita l'Agenzia a sviluppare e implementare un modulo di formazione per le guardie di frontiera su come identificare “situazioni particolarmente vulnerabili relative ai minori stranieri non accompagnati, ad esempio i minori vittime di tratta” e a fornire assistenza tecnica alle autorità di frontiera nei paesi terzi circa le misure legate alla gestione dei confini relative ai minori stranieri non accompagnati”.

<sup>558</sup>*idem*

<sup>559</sup>La Legge italiana dice che un familiare può essere riconosciuto come tutore fino al quarto di parentela.

<sup>560</sup>MAZZUCHELLI Francesca, SARTORI Lino, “*Emergenza educazione. Costituzione e diritto formativo*”, Francoangeli, 2009, pag. 150

<sup>561</sup>En este sentido Vid. MELOSSI Dario, GIOVANNETTI Monia, “*I nuovi sciusciá. Minori*

presenza dei minori stranieri non accompagnati varia a seconda della situazione familiare. Certamente influisce l'aspetto economico, inteso come il reddito della famiglia, il lavoro dei genitori e la nazionalità d'origine.

A livello numerico; “sono stati 5.879 i minori contattati e presi in carico nell’anno 2009 e 4.588 nel 2010. Nel biennio si è pertanto registrata una flessione che si avvicina al 22%, ma guardando l’andamento altalenante degli ultimi 5 anni ed in particolare ai dati relativi alle segnalazioni dei minori stranieri non accompagnati giunte al Comitato Minori Stranieri nel corso 2011 (7.484 al 18 novembre 2011 di cui 4297 ingressi dal Nord Africa solo dal 1° gennaio), possiamo indubbiamente prospettare un aumento delle ricadute sui Comuni (che diverrà evidente nel prossimo censimento 2011/2012), dovuto alla considerevole entità di arrivi registrati nel corso del 2011. Quasi l’80% dei Comuni capoluogo di provincia ha accolto minori stranieri non accompagnati nel corso dell’ultimo biennio; in particolare, riferendoci alle dimensioni demografiche dei rispondenti, è evidente come al crescere della classe demografica corrisponda un aumento dell’incidenza percentuale di Comuni che dichiarano la presenza di minori, come possiamo notare nella figura successiva. Se solo il 7% dei Comuni al di sotto dei 5mila abitanti dichiara di aver preso in carico minori, questa percentuale cresce al 23% per quelli compresi tra 5 e 15 mila abitanti, raggiungendo il 42% con le piccole città (Comuni medi, 15-60.000 abitanti), sfiorando l’80% delle città medio - grandi e il 98% di quelle grandi”<sup>562</sup>.

Se da un lato si nota una certa accoglienza da parte dei Comuni, dall'altra

---

*stranieri in Italia*”, Laboratorio infanzia e adolescenza Urbino, Donzelli Editore, Roma, 2002, pag. 50. “Un minore straniero clandestino incontra invece difficoltà ben maggiori, dato che il datore di lavoro dovrebbe affrontare il rischio non soltanto delle leggi sul lavoro, ma anche di quelle a tutela dei minori”.

<sup>562</sup>Vid. ANCI, “*I minori stranieri non accompagnati in Italia*”, IV Rapporto Anci Cittalia, 2011

non possiamo dimenticare il fatto che la legislazione italiana riconosce, attraverso la Legge num. 184 del 4 di maggio 1983, il diritto del minore ad una famiglia e quindi, di conseguenza, il diritto del minore a viver e crescere in una famiglia che in linea generale é quella dove é nato.

1. Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia.
2. Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto.
3. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione ed aggiornamento professionale degli operatori sociali nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma.
4. Quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, si applicano gli istituti di cui alla presente legge.
5. Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Nel caso specifico dei minori stranieri non accompagnati é importante ricordare il D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394<sup>563</sup> che stabilisce come il minore straniero non accompagnato può rimanere nel territorio italiano:

1. Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno: a) per minore età, salvo l'iscrizione del minore degli anni quattordici

---

<sup>563</sup>Decreto Presidente della Repubblica 31 agosto 1999 n. 394: "Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286

nel permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario stranieri regolarmente soggiornanti in Italia. In caso di minore non accompagnato, rintracciato sul territorio e segnalato al Comitato per i minori stranieri, il permesso di soggiorno per minore età è rilasciato a seguito della segnalazione al Comitato medesimo ed è valido per tutto il periodo necessario per l'espletamento delle indagini sui familiari nei Paesi di origine. Se si tratta di minore abbandonato, è immediatamente informato il Tribunale per i minorenni per i provvedimenti di competenza (67); a-bis) per integrazione sociale e civile del minore, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c-sexies), previo parere del Comitato per i minori stranieri (68); b) per motivi familiari, nei confronti degli stranieri che si trovano nelle documentate circostanze di cui all'articolo 19, comma 2, lettera c) del testo unico; c) per cure mediche, per il tempo attestato mediante idonea certificazione sanitaria, nei confronti delle donne che si trovano nelle circostanze di cui all'articolo 19, comma 2, lettera d) del testo unico; d) per motivi umanitari, negli altri casi, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare, una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'articolo 19, comma 1, del testo unico.

Si deduce quindi, che il minore straniero non accompagnato potrà rimanere in Italia solamente il tempo necessario per rintracciare la sua famiglia.

Fondamentali risultano le indagini sull'identità e sulla situazione del minore in Italia così come nel paese di procedenza costituiscono un aspetto centrale utile a determinare quello che internazionalmente si conosce come interesse superiore del minore, e in particolare ai fini di una valutazione in ordine all'interesse del minore a restare sul territorio italiano ovvero ad essere rimpatriato. E importante che le indagini siano efficaci e tempestive, in modo da consentire una decisione ben fondata in tempi rapidi, riducendo al minimo il periodo di incertezza sul proprio futuro che può provocare gravi danni al minore.

Questione più complessa, ma altrettanto centrale, è poi quella relativa agli elementi che verranno presi in considerazione per valutare la situazione in Italia e nel Paese d'origine. Questa seconda questione è legata agli aspetti di merito nella scelta tra accoglienza e rimpatrio: i criteri che saranno utilizzati

per decidere se sia nell'interesse del minore restare in Italia o essere rimpatriato determineranno quali fattori andranno considerati nelle indagini.

Si deduce quindi che dalle indagini si determinerà il futuro del giovane immigrante.

## V. CONCLUSIONES

En este trabajo de investigación hemos dedicado nuestra atención no solamente al problema de la inmigración, sino sobre todo, a señalar los elementos propios de un determinado y vulnerable grupo de personas que se encuentran afectados por su minoría de edad y por ser inmigrante.

En este sentido hemos distinguido tres elementos:

- 1) La inmigración de los menores de edad como una de las consecuencias del proceso migratorio que se ha desarrollado durante los últimos cincuenta años,
- 2) El concepto de menor de edad inmigrante no acompañado,
- 3) El reconocimiento social y legal del menor de edad como sujeto de derecho; lo que supone el reconocimiento de unas necesidades concretas a las que los poderes públicos tienen la obligación de enfrentarse.

Con respecto al primer punto, la inmigración de los menores de edad es solamente el último y más moderno fenómeno migratorio. Es la consecuencia directa de un cambio político y social del Mundo y más en particular de Europa. Si sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial fue necesaria la inmigración para la reconstrucción de muchos países afectados por la guerra; con el pasar del tiempo aquella “inmigración útil”<sup>564</sup>, se transformó en una inmigración no deseada y con un impacto económico difícilmente sustentable<sup>565</sup>.

A una primera fase de inmigración (mano de obra barata para la

---

<sup>564</sup>Nos referimos al hecho que los países afectados por la guerra solicitaban mano de obra barata útil a la reconstrucción de sus ciudades.

<sup>565</sup>Vid. el trabajo de: APARICIO GÓMEZ Rosa, “El impacto económico de la inmigración: costes para el Estado y movimiento de consumos y salarios”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 15, 2002, págs. 145-175

reconstrucción posterior a la segunda Guerra Mundial), se sumó una segunda donde destacó la reagrupación familiar en los países de acogida. En los años noventa, coincidiendo con un empeoramiento de las condiciones socio-económicas de algunos países de procedencia, inicia la emigración de menores de edad que bien huyen de sangrientas guerras o que bien, a causa de una elección familiar, deciden dejar su tierra de origen y buscar otras alternativas en países europeos que ahora se han transformado en receptores de inmigración. Y estos nuevos movimientos migratorios cogen desprevenidos a los Estados europeos considerados más desarrollados. De aquí ha derivado la obligación de dar una respuesta firme y legal a este nuevo fenómeno.

Para ello, ha sido necesario definir e identificar a los menores inmigrantes no acompañados. Llegados a este punto resulta fundamental proporcionar una definición de menor inmigrante no acompañado. Si por un lado concordamos con la visión de “extranjero” como una persona que no es nacional del estado en lo que vive y desarrolla su vida, por el otro, criticamos el elemento de la definición comunitaria de menor no acompañado en la parte en que define los menores extranjeros no acompañados como los menores que no son nacionales de un país miembro de la Unión Europea. Nuestra crítica tiene sentido si ponemos en comparación esta definición con la de naturaleza internacional que no hace distinción alguna. Porque lo importante, en todo caso, es la condición de menor de edad, y no tanto el hecho de ser nacional de un país miembro o no de la Unión Europea.

Debido a este conflicto, se generan dos definiciones para un único grupo social que al contrario comparte un más importante común denominador, el hecho de ser un colectivo mucho más vulnerable y desprotegido con respecto al de adultos inmigrantes. Los menores de edad objeto de nuestra investigación son personas en situación de desamparo en primer lugar debido a su minoría de

edad y, solamente en segundo lugar por el hecho de ser inmigrantes. Es decir, poco importa de donde provienen, ya sea de un país comunitario, ya extra comunitario.

Respecto al marco legal de aplicación, en tema de menores inmigrantes no acompañados concurren normas nacionales y supranacionales. Sin embargo, en la realidad de los hechos, su aplicación práctica es deficiente en lo que incumbe a la actuación de los poderes públicos. Por tanto, la existencia de una multiplicidad de normas, que podría parecer un logro, en realidad se transforma en un desafío a la hora de aplicar concretamente el dato normativo. Dicho de otra forma, a un óptimo recorrido jurídico-legal corresponde, de manera desarticulada, su directa aplicación a los casos que a diario se plantean en materia de MINAs.

Todo esto está relacionado con el principio de “efectividad del derecho aplicable”: una norma no puede o no debería depender de la lógica política de un determinado poder, así que su contenido debería quedarse cuanto más posible aislado de las lógicas de los poderes políticos. Las normas en materia de menores de edad inmigrantes no acompañados identifican, en parte, un programa gubernamental, perdiendo así aquel carácter esencial necesario para que con los años la Ley pueda adaptarse a los cambios sociales sin que ésto afecte demasiado a sus destinatarios. A todo esto, se añade la necesidad de establecer la certidumbre del principio de efectividad, que no ha de ser confundido con el “principio de eficacia”, ya que este representa la compatibilidad entre una norma jurídica y la eficacia o eficiencia de esta para resolver un caso concreto. Dicho de otra manera, es obligación estatal hacer cumplir lo que la ley dicta. Si esto no ocurre las normas pierden cualquier contenido mínimo.

En materia de menores de edad y de menores de edad inmigrantes no



acompañados se ha producido un cambio positivo en reconocerlos como verdaderos sujetos de derecho, como plenos ciudadanos. Hoy en día los menores de edad representan una parte integrante de la sociedad, lo que exige un necesario y más riguroso planteamiento legal. La actual Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, junto con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, recogen una serie de derechos integralmente dedicados al niño como persona y no al niño como posible herramienta de desarrollo de la familia lo que ha supuesto un cambio conceptual de primer orden en el significado de menor de edad como actor social.

Están sin resolver los problemas legales relacionados con la determinación de la edad y con la actuación del Ministerio Fiscal. La determinación de la edad está directamente vinculada a los avances tecnológicos y científicos aunque resulta criticable la utilización del sistema Greulich & Pyle, que como hemos tenido la oportunidad de explicar, utiliza un atlas comparativo de radiografías de los años cuarenta. Es cierto que, si por un lado, las otras pruebas medicas todavía no resultan estar a la altura de las expectativas, por el otro, la utilización de este método, antiguo y en muchos casos superado, responde a la voluntaria lógica de incertidumbre que los poderes públicos intentan crear para dejar en el limbo un tema que al contrario debería tener la certidumbre legal y práctica.

Asimismo, la radiografía tiene un coste largamente más económico que el de cualquier otra prueba. La Ley de Extranjería está rodeada de un previo análisis económico que sin duda no favorece aquella integración que la misma ley de manera muy oculta quiere transmitir.

A todo esto se añade la labor, reconocemos complicada, del Ministerio Fiscal. En materia de menores, el Fiscal tiene la primitiva función de proteger

a las personas que no han cumplido los dieciocho años sin embargo, cuando se trata de MINAs, el Fiscal actúa más como protector de los intereses estatales. El Fiscal debe quedarse al margen de estos intereses y realizar su labor como una entidad *superpartes*. Las dificultades que encuentra el Ministerio Fiscal en este punto concreto nos lleva a defender la necesidad de volver a otorgar competencia en materia de menores inmigrantes no acompañados y su determinación de la edad, al Juez de menores. En este caso debería existir la obligación del contradictorio entre las partes y sobre todo se obtendría una sentencia con la consecuente posibilidad de su impugnación por ambas partes. Otorgando la competencia al Ministerio Fiscal se pierden algunos de los elementos propios del Estado democrático.

A nivel comparado, en Italia, a pesar de que existe un conjunto amplio de normas, algunas muy rígidas propias de gobiernos conservadores, y otras más integradoras de los gobiernos progresistas, el Estado no se ha involucrado lo necesario en la integración de los inmigrantes. Al margen del dato normativo, se ha ido desarrollando una verdadera labor paralela de las numerosas Organizaciones No Gubernamentales que en la mayoría de los casos son las únicas que tienen aquellos recursos humanos y entrega personal para gestionar eficazmente el fenómeno de la inmigración. En lo que se refiere al menor inmigrante no acompañado, la respuesta estatal no difiere en gran medida de la española y las consecuencias de la falta de una adecuada protección al menor también se reproducen en este país.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL LA CALLE M., “La construcción de la política comunitaria de inmigración” en *Colección Mediterráneo Económico: procesos migratorio, economía y personas*, núm. 1, 2002
- ACNUR, “Contra la trata de niños, niñas y adolescentes”, Manual para Parlamentarios núm. 9 2005
- ACTUALIDAD JURÍDICA, “Nuevo reglamento de extranjería (RD 557/2011)”, *Diario La Ley*, Nº 7622, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 4 May. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, 6694/2011
- ADAM MUÑOZ M.D., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, Marzo 2009, Lex Nova
- ADAM R., “La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo”, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2-3, 1998
- ADNANE Abdelhamid, VERDASCO MARTÍN Miguel Ángel, “Acogimiento de Menores Inmigrantes”, en JIMENEZ HERNANDEZ Antonio, CORREA GARCÍA R.I., CRUZ DÍAS R., GUZMÁN FRANCO D., “*Intervención socioeducativa e intercultural. Nuevos horizontes en la formación del educador*”, Accem, 2006
- AGUADO I CUDOLÀ V., “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 0, 2002, Fundación Democrática y Gobierno Local
- AHI (Ad Hoc Group of Immigration), “*Report from the Ministers Responsible for Immigration to the European Council Meeting in Maastricht on Immigration and Asylum Policy*”, núm. 4034/91 (WGI 930), Bruselas, 1991, s.e.
- AJA E., DIEZ L., La normativa sull'immigrazione negli Stati e nella Comunità europea, en *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, núm. 1, 2005

- AJA E., ARANGO J., OLIVER J., “La inmigración en tiempo de crisis”, *Anuario de inmigración en España*, Barcelona: Bellaterra, 2009
- ALÁEZ CORRAL Benito, “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, otoño-invierno
- ALLAM Magdi, “*Vincere la paura. La mia vita contro il terrorismo islamico e l'incoscienza dell'occidente*”, Mondadori, 2010
- ALIBONDI R., BRUNI F., COLOMBO A., GRECO E., *L'Italia e la politica internazionale*, Edizioni del Mulino, 2000
- ALONSO PÉREZ Mariano, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil e de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997
- ÁLVAREZ VÉLEZ M.I., “*La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994
- ANCI, “*I minori stranieri non accompagnati in Italia*”, IV Rapporto Anci Cittalia, 2011
- ANGOSO GARCÍA R., “*Kosovo, las semillas del odio. Cuando se rompen las fronteras de Europa*”, Plaza y Valdes Editores, 2009
- APARICIO GÓMEZ Rosa, “El impacto económico de la inmigración: costes para el Estado y movimiento de consumos y salarios”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 15, 2002
- ARACIL R., OLIVER J., SEGURA A., “*El Mundo actual. De la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*”, Edicions Universitat de Barcelona, 1998
- ARBEX SÁNCHEZ C., JIMÉNEZ FUENSALIDA A., “Menores inmigrantes y consumo de drogas. Un estudio cualitativo”, s.e., 2004

- ARCE JÍMENEZ, Elena. “Menores Extranjeros no acompañados”, en LÁZARO GONZÁLEZ I. E., CULEBRAS LLANA I. (coordinadoras), “*Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. IV Jornada sobre Derechos de los Menores*”, Universidad Pontificia Comillas, Fundación Seur, 2006
- “Menores extranjeros en situación de desamparo”, *Lex Nova*, núm. 5, Madrid, 1999
- ARIES Philipe, “*Padre e figli nell’Europa medievale e moderna*”, Laterza, Bari, 1976
- ARMENTEROS LEÓN Miguel, “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, *Diario La Ley*, Nº 7679, Sección Doctrina, 22 Jul. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY
- ARROYO ROMERO F.J., “*La influencia de Europol en la comunitarización de la policía europea*”, Akal, Madrid, 2005
- ASCOLI U., *Movimenti migratori in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1979
- ASIS (de) R., AIELLO A.L., BARIFFI L., CAMPOY I., PALACIOS A., “*Sobre la accesibilidad universal en el derecho*”, Dikynson, 2007
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, “*Entre la represión y la protección. Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*”, APDHA, 2006
- BALAGUER CALLEJÓN F., “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN. UN COMENTARIO A LA STC 236/2007 DE 7 DE NOVIEMBRE”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, núm. 10, Julio-Diciembre 2008
- BALBO L., MANCONI L., *Razzismi reali*, Milano, Feltrinelli, 1992
- BALDWIN EDWARDS M., “The emerging European Immigration Regime: some reflections in implication for Southern Europe”, *Journal od Common Market Studies*, 1997

- BAZÁN LÓPEZ José Luis, “*Notas acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*”, en NÚÑEZ CANAL Margarita (coordinadora), “El menor en la legislación actual”, Fundación Antonio de Nebrija, 1998
- BEDOYA María Helena, “Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes”, *Papers*, 60, 2000
- BELLONI M., “*A common policy on migration: a step toward citizen's Europe*”, *Il Politico*, 1987
- BENCOMO, C. “*España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*”, Human Right Watch, 2002, Vol. 14 núm. 4
- BIRSL U., SOLÉ C., “*Migraciones e interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*”, *Anthropos*, Barcelona, 2004
- BLACKBURN R. (compilador), “*Después de la caída. El fracaso del comunismo y el futuro del socialismo*”, Editorial Cambio XXI, 1994
- BLANCA AVILÉS R., BELÉN JURADO G., “Estrategias de intervención social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores”, *Documentos de Trabajo Social*, núm. 47
- BLANCO M.C., ZLOTNIK H., “*Migraciones. Nuevas movilidades en un Mundo en movimiento*”, *Anthropos*, 2006
- BONIFAZI C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1998
- BORDONADO BERMEJO J., “El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *Estudios Geográficos* LXVII, 261, julio-diciembre
- BRAVO ARTEAGA A., SANTOS GONZÁLEZ I., DEL VALLE J.F., “*Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*”, Universidad de Oviedo, Gobierno de Asturias, 2010
- BRENNER R., “*La economía de la turbulencia global*”, Akal, 2009

- BROCHMANN G., "The current traps of european immigration policies", Malmö University, Willy Brandt Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relation, 1/03, 2004,
- BUSTELO P., GARCÍA C., OLIVÉ I., "*Estructura económica de Asia Oriental*", Ediciones Akal, 2004
- CABEDO MALLOL Vicente, "Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y familia", IV Simposio Internacional de Inmigración, Valencia 9 de abril 2010, Fundación Ciudadanía y Valores, [www.funciva.org](http://www.funciva.org)
- CALDERER I REIG A., SAGARRA TRIAS E., "*La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los Derechos Fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*", Universidad de Barcelona, 2002
- CAMPANI Giovanna, SALIMBENI Olivia, "*La fortezza e i ragazzini. La situazione dei minori stranieri in Europa*", Politiche Migratorie, Francoangeli, 2006
- CAPDEVILA Manel, FERRER Marta, "*Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (meina)*", Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2003
- CARITAS di Roma, *Materiali di studi e ricerche*, Roma, 1984
- "35 anni di immigrazione in Italia: una politica a metà guado", Studi emigrazione, XLII, n. 158, 2005
- CARUSO Immacolata, VENDITTO Bruno, "*I flussi migratori Immigrazione in Europa: analisi della legislazione*", s.a., s.e.
- CASA VALLÉS R., "Derecho a la imagen: el consentimiento y su renovación" *Poder Judicial*, núm. 14. Citado en: CONCEPCIÓN RODRIGUEZ J.L., "*El Consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces*", La Ley, 1997.
- CASTELLOT RAFFUL R.A., "*La Unión Europea. Una experiencia de integración regional*", Plaza y Valdes, 2000

- CASTILLO MARTÍNEZ C.C., “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio” en *La Ley* 2911/2007, Actualidad Civil, Nº 15, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Septiembre 2007
- CAVA DE LLANO Y CARRÍO María Luisa, “*El defensor del pueblo y la protección de los menores inmigrantes no acompañados*” en CABEDO MALLOL Vicente (coordinador), “*La situación de los menores inmigrantes no acompañados*”, Tirant Lo Blanch 2009
- CHECA y OLMO F., ARJONA Á., CHECA OLMOS J.C., “*Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda*”, Universidad de Almería, 2006
- CHIAROTTI BOERO S., “Aportes al Derecho desde la Teoría de Género”, en *Revista Miradas*, Universidad de los Andes, vol. 6, núm.1, 2006
- CHUECA SANCHO Á.G., “*Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*”, Lex Nova, Valladolid, 2010
- COMAS M., (coord.), “*L’atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d’actuació*”. Finestra oberta, nº 19, 2001, Barcelona, Fundació Jaume Bofill
- CONNOLLY W., “*Identity difference: democratic negotiations of political paradox*”, Ithaca, Cornell UP, 1991
- CLARO QUINTANS I., “*El sistema Eurodac y la identificación de los solicitantes asilo en la Unión Europea*”, 2011
- CNEL, Atti della Conferenza: l’immigrazione. Diritti fondamentali in Italia, Roma, 1991
- COLIN M. L., “*Estado, mercado y sociedad*” en PUYANA A., FARFÁN G. (Coord.), “*Desarrollo, equidad y ciudadanía*”, Plaza y Valdes, 2003
- CORDERO RAMOS Nuria, CRUZ ZUÑIGA Pilar y SOLÓRZANO NORMAN Alfaro (Editores), “*Trata de persona, dignidad y derechos humanos*”, ArCiBel Editores, marzo 2012



- CUNNIGHAM, “Storia dell’infanzia dal XVI al XX secolo”, Il Mulino, Bologna, 1997
- DE LA CUESTA Paz M., “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, Enero-Marzo 2008
- DE VERDA Y BEAMONTE José Ramón, Las intromisiones legítimas en los derecho a la propia imagen y la propia voz. Un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia”, *La Ley*, AÑO XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007
- DEL PESO NAVARRO E., RAMOS GONZÁLEZ M.Á., DEL PESO RUIZ M., “*Nuevo Reglamento de protección de datos de carácter personal. Medidas de seguridad*”, Ediciones Díaz de Santos, 2008
- DELLE DONNE M., MELOTTI U., *Immigrazione in Europa*, Roma, Ediesse, 2004
- Immigrazione in Europa*, CEDISS, Roma, 1993
- DOGLIOTTI, “Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali”, en *Diritto di Famiglia*, 1977
- DONNELLY Jack, “La construcción social de los derechos humanos”, *Revista Relaciones Internacionales*, núm. 17, junio de 2011 GERI – UAM
- ECPAT EUROPE LAW ENFORCEMENT GROUP, “*Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales, Preguntas y respuestas*”, Ecpat International, 2006
- ELÍAS MÉNDEZ Cristina, “*La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, Universidad de Valencia
- ERIK LANE J., ERSSON O.S., “*Política Europea: una introducción*”, Istmo, Madrid, 1998

- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS José, “Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, *Nova et Véteria*, Vol. 20, Nº. 64, 2011
- FÁBREGA RUIZ Cristobal Francisco, “EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS A LA LUZ DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE MENORES”, en *Diario la Ley*, Año XXVI. Número 6313. Miércoles, 7 de septiembre de 2005, Editorial La Ley
- “*Menores marroquíes no acompañados: una perspectiva desde el Ministerio Fiscal*” en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á., JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (Coord.), “*Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005
- FARIÑAS DULCE María José, “*Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada*” en “*El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*”, Valencia, 2012
- FASSMANN H., MUNZ R., *Patterns and trends of International Migration in Western Europe*, Aldersholt, Edward Elgar, 1994
- FELTRINI PAOLO (responsabile), “*L’immigrazione per lavoro in Italia: evoluzione e prospettive*”, Italia Lavoro, 2011
- FERNÁNDEZ PALMA, R. “*La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177bis, 313, 318bis CP*”. Pamplona, *La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios*
- FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*”, Dykinson, Madrid, 2006
- FIORUCCI Massimiliano, “*La mediazione culturale. Strategie per l’incontro*”, Armando Editore, Roma, 2000
- FORTESCUE “*La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le traité de Maastricht: de Schengen a Maastricht*», Milano, Giuffrè, 1995

- FRASER T. G., “*El conflicto árabe-israelí*”, Alianza Editorial, Madrid, 2008
- FREIXES SANJÁN T., “*La justiciabilidad de la Carta Social Europea*”, en JIMENA QUESADA Luis (Coord.), “*Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, Universidad de Valencia, 2004
- FRINGUELLO Clara, “*Le piú importanti emergenze umanitarie e le risposte italiane*” (parte Terza), in, HEIN Christopher, “*Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*”, Donzelli Editore, 2010
- GALICIA MENDOZA Cynthia, “Derechos Humanos y pederastia”, *Revista Legislar para la Igualdad* núm. 10, Mayo-Junio 2009, Cámara de Diputados de México LX Legislatura, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género
- GAMBLE A., WALTON P., “*El capitalismo en crisis. La inflación y el Estado*”, Siglo XXI, Octava edición, 1997
- GARCÍA GARNICA M.C., “*La protección jurídica de los derechos de la infancia. Protección civil de los derechos de la infancia*” en VELA SÁNCHEZ A. J., “*Globalización, inmigración y derechos de la infancia*”, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008
- GARCÍA GUTIÉRREZ J. “*Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño”*”, en GIMÉNEZ T. Vicente, HERNANDEZ PEDREÑO M. (Coord.), “*Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*”, Universidad de Murcia, 2007
- GARCIA VÁZQUEZ Sonia., “El régimen jurídico de los menores inmigrantes”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 8, 2004
- “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea. La desprotección de las víctimas”, *ReDCE*, núm. 10, Julio-diciembre 2008

- GEDDES A., *Immigration and Europe integration: towards fortress Europe?*, New York, Manchester University Press, 1999
- GIMÉNEZ ROMERO C., SUÁREZ NAVAZ, L. “*Menores no acompañados que han entrado en el territorio español sin representación legal*”. Madrid: UAM, 2000
- GIMENO MONTERDE Chabier, “Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 3er. Cuatrimestre 2010, Año VIII, Lex Nova
- GIROLAMO ANDREA COFFARI, “*I diritti dei bambini: un debito con la storia*”, Francoangeli 2007
- GISBERT CALABUIG Juan Antonio, “*Medicina Legal y Toxicología*”, 4ª Edición, Barcelona, 1991, pág. 817, citado en: MARTÍN CRUZ A., “Minoría de edad penal”. *Revista General de Derecho*, 1997, septiembre 10475-82
- GOENECHEA PARMISÁN Cristina, “*Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*”, s.e., s.a.
- GOLINELLI M., “La casa degli immigrati: significati, diritti, problemi e prospettive”, *Studi emigrazione*, XLII, n.158, 2005
- GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “*Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990
- GONZÁLEZ ARENAS, C. “*Una experiencia pionera: Casa de Refugiados e Inmigrantes menores y jóvenes no acompañados*”. Documentación Social. Madrid, 2000, núm. 120
- GONZÁLEZ MARTÍN Nuria “La familia en el derecho comparado: Nuevas Estructuras Familiares, apuntes que trascienden al Derecho Internacional Privado” (Curso Anual de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público), en, Cuadernos de Trabajo del Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, “Nuevas estructuras familiares: algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado”

- GONZÁLEZ ORVIZ M.E., “*Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alineación parental*”, Editorial Bosch, 2010
- GORNY A., RUSPINI P., *Migration in the new Europe*, New York, Palgrave, 2004
- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “*Políticas de inmigración e integración de los inmigrantes: Derecho de la Unión Europea y Derecho español*” en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, MARÍÑO MENÉNDEZ F. (Dir.), Imsero, 2003
- GREULICH W.W., PYLE S.I., “*Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*”, Standford University Press, California, 1950
- GUILD E., NIESSEN J., “*The developing Immigration an Asylum Policies of the European Union*”, Hague, Kluwer Law International, 1996
- GUIMAREY L.M., LEJARRAGA H., CUSMINSKY M., “Evaluación de la madurez esquelética por el método de Tanner y Whitehouse”, en *Revista Medicina* Enero-Febrero 1979, Buenos Aires
- GULLÓN BALLESTEROS A., “Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor”, *La Ley*, 1996
- GUTIÉRREZ ESPADA C., “*El Acta Única Europea y la reforma institucional*”, en “Homenaje al Profesor Juan Roca Juan”, Universidad de Murcia, 1989
- HERMIDA DEL LLANO C., “*Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*”, Anthropos Editorial, 2005
- HERNÁNDEZ GIL A., “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Revista General de Derecho*, 1996
- HUMAN RIGHT WATCH, “Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias”, *Human Right Watch*, Vol. 19, núm. 4 D, junio 2007

- IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe “*Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España*”. *Estado actual y nuevas tendencias*”, 2009, s.e.
- IGLESIAS BÁREZ Mercedes, “*Estructura Orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*”, Universidad de Salamanca, 2010
- ILLAMOLA DAUSÁ M., “Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea”, *Migraciones*, núm. 15, 2008
- KEATS E. T., SISTROM C., “*Atlas de medidas radiológicas*”, Ediciones Harcourt, 2002
- KORELLA P., TWOME Y., «*Towards a European Immigration Policy: current situation perspectives*», Bruselas, European Interuniversity Press, 1993
- KOSTAKOPOULOU T., “*Citizenship identity and immigration in the European Union. Between past and future*”, Manchester University Press, 2001
- LAFUENTE M.E., HELLER DEL RIEGO C., “*El día de Europa. Las transformaciones de la Unión Europea: la ampliación y la Convención Europea*”, (Coord.), Universidad Pontificia Comillas, 2004
- LAHAV G., *Immigration and politics in the new Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004
- LANG A., NASCIMBENE R., “Italy’s participation in EU Immigration and Asylum Policy”, *The International Spectator*, 1997
- LARRAMENDI M. H., NÚÑEZ J. A., “La política exterior y de cooperación de España en el Magreb (1982-1995)”, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, 1996
- LAVENEX S., UÇARER E. M., “Migration and externalities of european integration”, Lanham, Lexington Books, 2002

- LÁZARO GONZALÉZ I.A., MOROY ARAMBARRI B., “*Los menores extranjeros no acompañados*”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2010
- LINACERO DE LA FUENTE M., “*El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*”, Editorial Complutense, 2009
- LÓPEZ AZCONA A., “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el Ordenamiento Español”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, Marzo 2008, Lex Nova
- LOPÉZ J., “Teoría del crecimiento y economías semiindustrializadas”, Unam, 1991
- LÓPEZ DE LA CRUZ Laura, “La libertad individual como elemento del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Fascículo II, Abril-Junio 2009
- LOPÉZ VISO M., “*La construcción de la Europa social en su periferia. El Fondo social Europeo: su aplicación en Galicia*”, Universidad de Santiago de Compostela, 2005
- LUELMO MILLÁN Miguel Ángel., “Desempleo y familia”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 54, 2004
- LUPO Ornella, “*Il controllo di polizia sugli stranieri. Manuale pratico in materia di diritto dell'immigrazione*”, Maggioli Editore, 2009
- LUTHER Jorg, “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007
- MACÍAS CASTILLO Agustín, “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, N° 6913, Sección Doctrina, 28 Marzo 2008, Año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY.
- MANCINI M., “Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva dell'Europa sociale”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1989

- MARIÑO MENÉNDEZ F. (Dir.), *“Colectivos en riesgo de exclusión: inmigrantes, minorías étnicas y perspectiva de género”*, Imerso, Madrid, 2003
- MARSELLI R., VANNINI M., *Economia della criminalità*, Torino, Utet, 1990
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J., *“La inmigración y el asilo en la Unión Europea”*, Colex, 2002
- MARTÍNEZ MARTÍN J., *“El crecimiento económico en el Mundo desarrollado”*, Ediciones Akal, 1992
- MATEO SANZ Jacobo, “Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI”, El Ejido, 19-22 de febrero de 2008 / II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores / coord. per Ramón Herrera Campos Albero, Miguel Angel Barrientos Ruiz, Vol. 1, 2011
- MAZZUCHELLI Francesca, SARTORI Lino, *“Emergenza educazione. Costituzione e diritto formativo”*, Francoangeli, 2009
- McLAREN L., “Immigration and the new politics of inclusion and exclusion in the European Union: the effect of elites and the EU on individual-level opinions regarding European and no-European immigrants”, Kluwer Academic Publishers, European Journal of Political Research, 2001, núm. 39
- MELEGRANI C., “Il concetto di tolleranza e la sua problematicità” in Le ragioni della tolleranza ,Convegno organizzato dai Lions Clubs di Verona
- MELOSSI Dario, GIOVANNETTI Monia, “I nuovi sciusciá. Minori stranieri in Italia”, Laboratorio infanzia e adolescenza Urbino, Donzelli Editore, Roma, 2002
- MELOTTI U., “La sfida dell’immigrazione: aspetti generali e problemi specifici del caso italiano” in Minoranze etniche ed immigrazione, 2004
- MILES R., THRANHARDT D., *Migration and European Integration*, London, Pinter Publishers Ltd, 1995
- MILES R., *“Rascism after race relations”*, London, Routledge, 1993



- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, "*L'offerta formativa dei centri territoriali permanenti*", 2003
- MONT D'ARPIZIO Daniele, "*Il colore dei fratelli. Quarant'anni d'immigrazione nelle pagine della Difesa del Popolo*", Euganea Editoriale, 2009
- MORANTE DEL PERAL M.L., TRUJILLO VEGA M.A., "Las niñas y adolescentes que emigran solas a España ¿Un nuevo fenómeno social?", Revista Mugak núm 41-40 2007
- MORENO VELASCO V., "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", Diario La Ley, Nº 7267, Sección Tribuna, 22 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-328, ° 55, Sección Tribuna, Editorial LA LEY
- MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>.F., "El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de lo procedimientos autonómicos y de las declaraciones bajo su responsabilidad", Diario La Ley, Nº 7246, Sección Doctrina, 22 Sep. 2009, Año XXX, Ref. D-293, Editorial LA LEY
- MORO, "Manuale di diritto minorile", Zanichelli, Bologna, 2000
- MOTTURA G., PUGLIESE E., "L'immigrazione nelle diverse Italie" in *Arcipelago immigrazione*, a cura di Mottura G., Roma, Ediesse, 1992
- MUÑOZ ALVAREZ Guadalupe, "Presunción de inocencia y proscripción de la tortura", *Diario La Ley*, Nº 7283, Sección Tribuna, 13 Nov. 2009, Año XXX, Ref. D-353, Editorial LA LEY
- MUÑOZ CONDE Francisco, "*Derecho Penal*", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010
- NASCIMBENE B. "Politica sull'immigrazione e progetto di Costituzione Europea", *Studi Emigrazione*, XLI, núm. 153, 2004
- NASH M., "*Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*", Icaria, Barcelona, 2005

- NIETO GARCÍA Ángel Juan, “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables “, *Diario La Ley*, N° 7597, Sección Doctrina, 25 Mar. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, LA LEY 3060/2011
- NIETO Rocío, “Derechos Humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual”, *Temas para el debate*, núm. 191 (octubre), 2010 (Copia dedicada a: Los derechos humanos hoy)
- NOCI Marco, “*Legge sull’immigrazione. Approfondimenti*”, s.a., s.e.
- NUÑEZ MUÑIZ Carmen, “La guarda de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, Año 83, Mes 6, 1999
- O’KEEFE D., “Recasting the Third Pillar”, *Common Market Law Review*, vol. 32, núm.4, 1995
- OCCHIPINTI A., “*Tutela della vita e dignità umana*”, Capítulo I, Utet Giuridica, 2008
- OLIVIERI Maria Silvia (coord.), “*La protezione negata. Primo rapporto sul diritto d’asilo in Italia*”, ICS Consorzio Italiano di Solidarietà, Feltrinelli, 2005
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, SAVE THE CHILDREN, “*Guía de intervención psicosocial para la asistencia directa con personas víctimas de trata*”, Mexico, 2007
- OROZCO TORRES L. E., “*La nueva política europea de vecindad, ¿de la Paneuropa a la Paraeuropa*”, Universidad de Sevilla, 2006
- PACE Enzo, “*Pluralità religiosa e convivenza territoriale: le comunità islamiche in Italia*”, in: BERTONCIN Marina, PASE Andrea, “*Pre-visioni di territorio. Rappresentazioni di scenari territoriali*”, Francoangeli, 2008
- PAJARES M., “*Inmigración irregular y política de fronteras de la Unión Europea*”, en CHUECA SANCHO Á. G., GUTIÉRREZ CASTILLO V. I., BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ I. (Coord.), “*Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*”, Huygens Editorial Barcelona, Fundación Tres Culturas Sevilla, 2009

PALMA DEL TESO Ángeles, “*Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*”, Inap, 2006

-“El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *QDL*, núm. 4, 2004

PALOU BRETONES Antonio, “Responsabilidad del personal sanitario”, *La Ley*, 1999, D-313, 1934-57

PAPADEMETRIOU D.G, HAMILTON K.A., *Converging paths to restriction*, Washington, Carnegie Endowment for international, 1996

PARA MARTÍN Antonio, “*El Codi de Família i la Llei d' Unions Estables de Parella: (aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya)*” : [actas de las jornadas sobre Codi de família i llei d'unions estables de parella] / coord. por Alfonso Hernández Moreno, Carlos Villagrasa Alcaide, 2000, ISBN 84-95027-73-9 , págs. 375-390

PARRA LUCÁN M.A., “*La Nacionalidad*” en CONTRERAS P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., PÉREZ ÁLVAREZ M.A., PARRA LUCÁN M.A., “*Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*”, Cap. XVII, Colex, 2008

PASTORE F., “*Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra allargamento e costituzionalizzazione*”, en VACCA G., (a cura di), “*Il dilemma euroatlantico. Rapporto 2004*” della fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea, Dedalo, Bari, 2004

- “*Sulle politiche europee di immigrazione*”, London, Hailbronner K., 2000

PÉREZ DÍAZ V., “*España ante la inmigración*”, Fundación “La Caixa”, *Colección de Estudios Sociales*, 2001

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, “*Ciudadanía y definiciones*”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002

PERNA Fabiola, “*L'altra faccia della medaglia. Il vissuto di immigrati albanesi e la loro accettazione sociale*”, Armando Editore, Roma, 2011

- PUGLIESE Enrico, SABATINO Dante, “*Emigrazione, immigrazione*”, Alfredo Guida Editore, 2006
- QUERMONNE J.L., *Le système politique de l’Union européenne*, Paris, colección Clefs Politique, segunda edición, 1994
- QUIROGA Violeta, “*Los menores en contextos migratorios. Evolución estadística del fenómeno (1993-2009)*” en REVILLA Marisa (coord.), “*Infancia, juventud y migraciones. Una mirada para la cooperación internacional*”, Fundación Carolina, Siglo XXI, 2011
- RAVETLLAT BALLESTÉ Isaac, “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)”, *Revista de Derecho Uned*, núm. 2, 2007
- RELAÑO E., “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”, *Migraciones Internacionales*, 2 (3), 2004
- RETUERTO BAUDES, M., “La protección constitucional del menor y el defensor del pueblo”, *Revista Menores*, núms. 17 y 18, Septiembre-Diciembre, Dirección General de Protección Jurídica del menor, Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1989
- RIBAS MATEOS N., “*Globalización y movimientos migratorios*” en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á., JIMÉNEZ ÁLVAREZ M., (coordinadores) “*Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005
- RICO PÉREZ F., “*La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*”, Montecorvo, Madrid, 1980
- RITAINE E., *L’europe du Sur face a l’immigration*, Paris, Presses universitaires de France, 2005
- RIVAS Ana María., “*Menores Extranjeros No Acompañados y la Cooperación al desarrollo*”, s.a., s.e.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “*El interés del menor*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2007

- RIVIERA FERNÁNDEZ Miguel, “Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *Revista General de Derecho*, 1996, (621):6501-31
- RODRÍGUEZ BÉNOT Andrés, “*Principios inspiradores y caracteres generales de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”, en CARRILLO SALCEDO J.A., “*La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2002
- “*La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: principios inspiradores y caracteres generales*”, en RODRÍGUEZ BENOT Andrés, HORNERO MÉNDEZ C., “*El nuevo derecho de extranjería*”, Editorial Comares, 2001
- RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín, “¿Destruye la presunción de inocencia una prueba de cargo menos segura cuando era posible una prueba de cargo directa más segura? *Diario La Ley*, Nº 7788, Sección Tribuna, 1 Feb. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY
- RODRIGUEZ X., MUÑOZ A., “*Derecho administrativo español*”, Tomo II, Netbiblo, 2008
- ROGERS R., “*Guest come to stay. The effect of European Labor Migration on Sending and Receiving Countries*”, Boulder et Londres, Westview Press, 1985
- RUBIO ARRIBAS J., “Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad Complutense de Madrid 17 (2008.1)
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “El régimen legal de la inmigración en España: El continuo cambio” *Migraciones*, 2001, núm. 9
- RUIZ RODRIGO Cándido, “*Protección a la infancia en España. Reforma Social y Educación*”, Universitat de Valencia, 2004

- RUIZ VIEYTEZ E. J., “*Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los Derechos Humanos*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006
- SABATER BOYLE E., “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”, *Aja*, núm. 241, 1996
- SANCHEZ BRAVO, Á.A., “*La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*”, Universidad de Sevilla, 1998
- SAVE DE CHILDREN, “*I minori stranieri in Italia*” IIº Rapporto Annuale, 2010
- SAVINO Teresa, “*Quale integrazione degli immigrati nel mondo del lavoro?*”, in BERTI Fabio, VALZANIA Andrea, “*Le dinamiche locali dell'integrazione*”, Francoangeli, Fondazione Ismu, 2011
- SERRANO J. L., “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 56, abril junio 1987
- SGRITTA, “La cittadinanza negata”, en Maggioni, Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattro Venti, Urbino, 1997
- SMITH G., PATTERSON W.E., PADGETT S., “*Development in German Politics 2*”, Basingstonke Macmillan Press Ltd, Houndmills, 1996
- SOLANES Á., “*Vías ordinarias de regularización de extranjeros*” en CABEZA JAIME Y MENDOZA, NATIVIDAD, “*Tratamiento Jurídico de la Inmigración*”, Bomarzo, 2008
- SOLÉ C., “*Inmigración comunitaria: ¿discriminación inversa?*”, *Anthropos*, 2006
- SORIANO MIRAS R.M., “Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social”, *Papers*, 2011, 96/3

- “Inmigración e identidad social”, *Migraciones*, 23, 2008
- TELÓ M., MAGNETTE P., *De Maastricht a Amsterdam: l’Europe et son nouveau Traité*, Bruselas, Editions Complaine, 1998
- TENA PIAZUELO Isaac, “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996”, s.a., s.e.
- TEROL BECERRA Manuel José, “Globalización versus universalización constitucional en el mediterráneo. Propuesta metodológica para una análisis de la diversidad”, *Revista de Derecho Político*, núm 60, 2004
- TOMUSCHAT C., “A right to Asylum in Europe”, *Human Rights Law Journal*, 1992
- TONIZZI E., *Le grandi correnti migratorie del 900*, Torino, Paravia Scriptorum, 1999
- TORRES FALCÓN Marta, “Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata”, Centro de Estudios para el Adelanto de las mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, Gobierno de México LXI Legislatura, 2010
- “Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos”, *Nova et Vétera*, Vol. 20, N°. 64, 2011
- TORRES PEREA J.M., “Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar”, Iustel, 2009
- TRAVERSA G., “Il coordinamento delle politiche migratorie nazionali nei confronti degli stranieri extracomunitari. Prospettive aperte dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 9 Luglio 1987”, en *Rivista di Diritto Europeo* núm. 28 de 1988
- TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., “*Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico*”, Universidad de Granada, 2005

UNITED NATION, *Migration Workers 2, The social situation of migrant workers and their families*, New York, Department of international, economical and social affairs, 1986

VALPUESTA FERNANDEZ Rosario, “La protección constitucional de la familia”, *Foro-Revista de Derecho* núm. 5, Uasb, Ecuador, 2006

-“*La ciudadanía de las mujeres*” en DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO M<sup>a</sup> Soledad, LIÑÁN GARCÍA Ángeles (coord.), “*Mujeres y derecho: luces y sombras en el ordenamiento jurídico*”, Malaga, 2007

-“*Otras miradas sobre la familia: las miradas y sus funciones*”, Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, coordinado por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González, Vol. 2, 2004.

-“*Las familias monoparentales: una perspectiva sobre el derecho de familia*”. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, coordinado por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 3, 2002 (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4997-5014

VARELA GARCÍA Carlos, “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, *Actualidad Civil*, núm. 12, marzo 1997

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ Lucía, “*La construcción de la ciudadanía del menor de edad*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

-“*Los hijos de los inmigrantes: los nuevos ciudadanos. El menor de edad extranjero: un menor ciudadano*”, VELA SÁNCHEZ A. J., “*Globalización, inmigración y derechos de la infancia*”, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008

VESTRI Gabriele, “*Reflexiones sobre los menores de edad en el contexto jurídico-constitucional español*” en “El Estado social y sus exigencias constitucionales”, TEROL BECERRA Manuel José (Director), Editorial Tirant Lo Blanch, 2010



- VIDAL CASERO María del Carmen, “La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud”, *Ds Vol. 11*, núm. 1, julio-diciembre 2002
- VOGLER M., “*La inmigración en España. Un conflicto social*”, Grin Verlag, 2009
- VON HOFFMANN B., *Towards a Common European Immigration Policy*, Frankfurt an Main Peter Lang, 2003
- VV.AA., “*La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados en España*”, Red Europea de Migraciones, Gobierno de España, Madrid, 2009
- VV.AA. “*Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*”, Informe 2008, Economía y Sociedad, BBVA, 2008
- WALLERSTEIN I., BALIBAR E., “*Raza, Nación y Clase*”, Iepala, 1991
- ZANIN Valter, “*Immigrazione e lavoro coatto*”, in “COIN Francesca, “*Gli immigrati, il lavoro, la casa. Tra segregazione e mobilitazione*”, Politiche migratorie, Francoangeli, 2004
- ZERMATTEN J., “*El interés superior del niño. Del Análisis literal al alcance filosófico*”, en Informe de Trabajo 3-2003, Institut International des droits de l'enfant
- ZIDANE Z., MARÍN GUZMAN R., *Arabes y Musulmanes en Europa. Historia y procesos migratorios*, Editorial UCR, 2006
- ZURITA MARTÍN Isabel, “*Madres e hijos: la patria potestad*”, en FUENTES RODRIGUEZ Francisca, CERVILLA GARZÓN María Dolores, “*Mujer, familia y derecho*”, 2003

## **VII. PÁGINAS WEBS y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS**

*Portal Eurostat: Detailed statistics on the EU and candidate countries, and various statistical publications for sale.*

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration\\_asylum](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum) [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2010]

*Law enforcement agencies*

[www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu) [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010]

*Legislación Europea*

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/l33020\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_es.htm)

[Fecha de consulta: 14 de octubre de 2010]

GUARNERI A., *Le politiche migratorie nei paesi mediterranei dell'Unione Europea nell'ultimo quindicennio: dimensione comunitaria e peculiarità nazionali* IRPPS-CNR, Working Paper 05/2005, [www.cestim.it](http://www.cestim.it)

[Fecha de consulta: 14 de octubre de 2010]

*Gobierno de Estados Unidos*

<http://www.america.gov/st/hrspanish/2009/July/20090721152648pii0.0993616.html> [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2010]

*Legislación Europea*

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_singular\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singular_es.htm) [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2010]

VEUGELERS R., *Immigration, racism and multiculturalism in Italy*, Brighton, CED, 1994, [www.sussex.ac.uk](http://www.sussex.ac.uk) [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2010]

*University of Sussex: The University of Sussex was the first of the new wave of universities founded in the 1960s, receiving its Royal Charter in August 1961*

[www.sussex.ac.uk](http://www.sussex.ac.uk) [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2010]

*Legislación Europea*

<[http://europa.eu/documentation/official-docs/whitepapers/index\\_es.htm#before](http://europa.eu/documentation/official-docs/whitepapers/index_es.htm#before)> [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2011]

*Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España, Observatorio de la Infancia*, en línea: [tv\\_mav.cnice.mec.es/pdf/Plan\\_Estrat\\_Inf\\_Ad.pdf](http://tv_mav.cnice.mec.es/pdf/Plan_Estrat_Inf_Ad.pdf)  
[Fecha de consulta: 20 de marzo de 2011]

PRIETO José, “*Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*”, [en línea],  
<[www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP](http://www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP)>  
[Fecha de consulta: 20 de marzo de 2011]

BUONFINO A., *Politics, discourse and Immigration as a security concern in the UE: a tale of two nations Italy and Britain*, Cambridge University, 2003,  
<[www.cestim.it](http://www.cestim.it)>, [Fecha de consulta: 21 de abril de 2011]

NOCI M., *Legge sull’immigrazione, approfondimenti*, 1998,  
<[www.cestim.it/ricerche](http://www.cestim.it/ricerche)> [Fecha de consulta: 3 de julio de 2011]

*En prensa electrónica: “El País”, 25 de enero de 2006:*  
<[http://elpais.com/diario/2006/01/25/andalucia/1138144945\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/01/25/andalucia/1138144945_850215.html)>, [Fecha de consulta: 5 de julio de 2011]

LUCIFORA Claudio, “*Economia sommersa e lavoro nero*”, *on line*:  
<[www.brunochiarini.it/Paper/lucifora.pdf](http://www.brunochiarini.it/Paper/lucifora.pdf)> [Fecha de consulta: 20 de julio de 2011]

*Suprema Corte de Justicia de la Nación, México*  
<<http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article46>>  
[Fecha de consulta: 28 de julio de 2011]

*Junta de Andalucía: programas de atención a la infancia*  
<[http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia\\_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html)> [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2011]

*Casa e immigrazione*  
<[www.sunia.it/files/studi\\_ricerche/immigrati2009.pdf](http://www.sunia.it/files/studi_ricerche/immigrati2009.pdf)>  
[Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2011]

*Revista Mugak*

<http://revista.mugak.eu/articulos/show/315> [Fecha de consulta: 03 de enero de 2012]

*Junta de Andalucía: Servidor institucional del gobierno de la Comunidad Autónoma*

[http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia\\_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Infancia_Familia/HTML/acogimientoresidencial.html)> [Fecha de consulta: 03 de enero de 2012]

*Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía:*

<http://www.apdha.org>>. [Fecha de consulta: 05 de enero de 2012]

Save de Children (citación)

[http://www.protezionecivile.gov.it/resources/cms/documents/DPCM\\_6\\_10\\_11\\_Emergenza\\_Nord\\_Africa.pdf](http://www.protezionecivile.gov.it/resources/cms/documents/DPCM_6_10_11_Emergenza_Nord_Africa.pdf)>

[Fecha de consulta: 10 de febrero de 2012]

*Página Oficial del Cuerpo Nacional de Policía*

[http://www.policia.es/org\\_central/judicial/estructura/saf\\_grume.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/saf_grume.html)>

[Fecha de consulta: 14 de febrero de 2012]

QUIROGA Violeta, "Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no Acompañados en Europa" [en línea], [Fecha de consulta: 20 de febrero de 2012]

*Diario digital de Ceuta*

<http://www.elpueblodeceuta.es/201202231101.html>> [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2012]

GONZATO F., "Fino al 2000 e ritorno", in *Libro Agenda*, 1997,

<http://www.cronologia.it>> [Fecha de consulta: 29 de febrero de 2012]

*Immigrazione e Primavera araba*

<http://www.italianieuropei.it/it/italianieuropei-3-2012/item/2524-la-primavera-araba.html>>

[Fecha de consulta: 01 de marzo de 2012]

Naciones Unidas-Derechos Humanos

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>

[Fecha de consulta: 10 de marzo de 2012]

DE LUCAS Javier, “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2006 en [www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf](http://www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf),  
[Fecha de consulta: 12 de marzo de 2012]

*Nacionalidad de los menores de edad*

<[http://menoressolos.blogspot.com.es/2009/05/sobre-el-derecho-la\\_nacionalidad.html](http://menoressolos.blogspot.com.es/2009/05/sobre-el-derecho-la_nacionalidad.html)>

[Fecha de consulta: 21 de marzo de 2012]

*Trata de seres humanos y tráfico de migrantes*

<<http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>>

[Fecha de consulta: 21 de marzo de 2012]

CORVO Laura, “Explotación laboral de inmigrantes” en línea  
[www.ceid.edu.ar/.../laura\\_corvo\\_explotacion\\_laboral\\_de\\_inmigrante](http://www.ceid.edu.ar/.../laura_corvo_explotacion_laboral_de_inmigrante)

[Fecha de consulta: 21 de marzo de 2012]

*Ministerio Fiscal*

<[http://www.fiscal.es/cs/Satellitecid=1240559967535&language=es&pagenam e=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_contenidoFinal](http://www.fiscal.es/cs/Satellitecid=1240559967535&language=es&pagenam e=PFiscal%2FPage%2FFGE_contenidoFinal)>

[Fecha de consulta: 20 de abril de 2012]

**VIII. SENTENCIAS y AUTOS**

Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 107/1984 del 23 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 115/1987 de 7 de julio

Sentencia Tribunal Constitucional 75/1983 de 3 de agosto

Sentencia Tribunal Superior 1924/2003 de 20 de marzo

Sentencia Audiencia Provincial de Asturias Sección. 4ª, 82/2003, de 22 febrero

Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006,

Sentencia Audiencia Provincial de las Palmas de 30 de marzo de 2006

Sentencia Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2003

Auto Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª del 3 de enero de 2002

Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª de 23 noviembre de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de marzo de 1992

Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004

Sentencia Tribunal Constitucional 115/ 1987 d 7 de julio

## **IX. ANEXOS**

**Conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos Interior relativas a los menores no acompañados, aprobadas por el Consejo JAI el 3 de junio de 2010.**

CONSEJO DE  
LA UNIÓN  
EUROPEA

Bruselas, 4 de junio de  
2010 (09.06) (OR. en)

10669/10

ASIM 71

**RESULTADO DE LOS TRABAJOS**

de: Consejo de Justicia  
y Asuntos de Interior con fecha de: 3  
junio de 2010

Asunto: Conclusiones del Consejo relativas a los menores no  
acompañados

Adjuntas se remiten a las Delegaciones las conclusiones de referencia,  
aprobadas por el

Consejo JAI el 3 de junio de 2010

El Consejo: Conclusiones del Consejo relativas a los menores no acompañados

a) Considerando que cada vez son más los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años de edad que llegan cada año al territorio de la UE sin compañía de su padre o madre o de un tutor legal, o que quedan abandonados tras haber entrado en el territorio de



la UE;

b) Teniendo en cuenta que las razones que explican la afluencia de este tipo de menores, especialmente vulnerables, son muy diversas: algunos llegan huyendo de guerras o conflictos, situaciones de discriminación o persecución; otros son enviados por sus familias con la esperanza de que encuentren trabajo, de acogerse más adelante a la reagrupación familiar o de que logren una vida mejor o acceso a la educación y a las prestaciones sociales; otras veces, para reunirse con miembros de sus familias; o son víctimas de la trata de personas;

c) Recordando que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establecen que los niños han de ser tratados como tales con independencia de que sean emigrantes, de su nacionalidad o de su procedencia;

d) Teniendo en cuenta la Recomendación n.º 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los proyectos de vida para los menores migrantes no acompañados, en la que se indica que dichos menores deben poder disfrutar de todos los derechos reconocidos por las normas internacionales y europeas pertinentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que son condiciones necesarias para la realización de sus proyectos de vida;

e) Teniendo presente que en el Programa de Estocolmo, adoptado los días 10 y 11 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo destacó que una respuesta global a nivel de la Unión al fenómeno de los menores no acompañados debe combinar medidas de prevención, protección y asistencia al retorno que tengan

en cuenta el interés superior del menor, y se congratuló de la iniciativa de la Comisión Europea de elaborar un plan de acción sobre esta cuestión

f) Recordando que el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el Programa de Estocolmo, destaca que el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial, y que todo plan de acción de la UE sobre los menores no acompañados debe abordar cuestiones como la protección, la búsqueda de una solución duradera para cada niño y la cooperación con terceros países en materia de retorno, reintegración y prevención;

g) Acogiendo con satisfacción el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014) adoptado por la Comisión el 6 de mayo de 2010, que, al proponer un planteamiento común de la UE basado en el principio del interés superior del menor y establecer unas líneas de actuación principales entre las que figuran la prevención, la acogida y la búsqueda de soluciones duraderas, aporta una contribución esencial al debate actual sobre esta cuestión;

h) Teniendo en cuenta que los instrumentos legislativos y de financiación de que dispone actualmente la UE en materia de asilo, inmigración y trata de personas abordan ya, directa o indirectamente, la situación específica de ciertos menores no acompañados, pero [debería contemplarse un planteamiento global y coherente de la situación de los menores no acompañados en su conjunto;

i) Considerando que no es posible evaluar adecuadamente el fenómeno de los menores no acompañados, ni encontrar soluciones apropiadas y duraderas, sin

una evaluación clara basada en datos completos, fiables y comparables;

j) Destacando que el primer paso para frenar eficazmente la afluencia de menores no acompañados ha de ser prevenir las migraciones que se realizan en condiciones inseguras y la trata de menores;

k) Considerando que, entre el momento en que se descubre a un menor no acompañado hasta que se encuentra una solución duradera, los Estados miembros deben aplicar medidas de acogida que atiendan a las necesidades de los menores, además de asegurarles el acceso a las garantías procesales pertinentes;

l) Destacando la importancia de encontrar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior de cada niño, consistentes en el retorno y la reintegración en el país de origen o de retorno, la concesión de protección internacional o de otra situación jurídica en función de la legislación nacional de cada Estado miembro;

m) Recordando que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular constituye el marco jurídico aplicable en toda la UE para el retorno de los menores no acompañados que no pueden acogerse a la protección internacional ni a otras formas de protección y que se encuentran en situación irregular en el territorio de los Estados miembros;

n) Recordando que la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los

procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y el Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, establecen, entre otras cosas, normas específicas de recepción y procedimiento aplicables a los menores no acompañados que solicitan asilo, mientras que la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece entre otras cosas normas específicas relativas a los menores no acompañados a quienes se ha concedido protección internacional;

o) Recordando que en el Programa de Estocolmo se insta a adoptar medidas prácticas para facilitar el retorno del gran número de menores no acompañados que no precisan protección internacional, al tiempo que se reconoce que el interés superior de muchos de ellos puede consistir en reunirse con sus familias y en desarrollarse en su propio entorno sociocultural;

p) Reconociendo que es de suma importancia estrechar la cooperación con terceros países en materia de prevención, protección, retorno y reintegración en los países de origen;

q) Reconociendo el papel que desempeñan la sociedad civil y las organizaciones regionales e internacionales en la búsqueda de soluciones

duraderas, en la sensibilización respecto de este fenómeno y, en particular, en lo que atañe a la prevención de la inmigración ilegal, al retorno asistido y la reintegración, protección y asistencia;

Tras un debate político sobre estas cuestiones, y de conformidad con el Programa de Estocolmo, el Consejo ha adoptado las conclusiones siguientes:

I.-POR LO QUE RESPECTA AL CONOCIMIENTO DE ESTE FENÓMENO, EL CONSEJO HA ACORDADO:

1. Alentar a los Estados miembros a que utilicen todas las posibilidades que ofrece el Reglamento (CE) n.º 862/2007 sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, a fin de recopilar datos completos sobre los menores no acompañados que llegan al territorio de los Estados miembros;
2. Alentar a los Estados miembros a que cooperen con los organismos y redes de la UE, principalmente la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la UE (FRONTEX), la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Red Europea de Migración (REM), para mejorar el análisis y el intercambio de información pertinente sobre los menores no acompañados que llegan al territorio de la UE;
3. Pedir a FRONTEX y a Europol que, mejoren de manera sistemática la recogida de datos y el análisis e intercambio de información pormenorizada sobre los menores no acompañados, utilizando todas las fuentes disponibles, entre ellas la información recogida por las redes de funcionarios de enlace de inmigración y la red de análisis de riesgos de FRONTEX, a fin de proporcionar a los Estados miembros análisis de riesgos adecuados de conformidad con su mandato;
4. Invitar a la OEAA a que organice, promueva y coordine actividades

relacionadas con la información sobre los países de origen, de conformidad con su mandato, de modo que los Estados miembros puedan evaluar las necesidades de protección de los menores no acompañados, a fin de apoyar en mayor medida la adopción de decisiones de calidad;

5. Invitar a FRONTEX a que incluya en el programa de formación para guardias de fronteras un módulo específico sobre la detección de situaciones de especial vulnerabilidad en el caso de los menores no acompañados, especialmente de los de que presenten un perfil de elevado riesgo, como las víctimas de trata de menores.

## II.-POR LO QUE RESPECTA A LA PREVENCIÓN DE LA MIGRACIÓN INSEGURA Y DE LA TRATA DE PERSONAS, EL CONSEJO HA ACORDADO:

6. Pedir a la Comisión y a los Estados miembros que utilicen de manera bien coordinada los instrumentos de cooperación exterior existentes a escala nacional y de la UE para financiar proyectos en terceros países destinados a prevenir la migración insegura de menores no acompañados, en particular ofreciendo opciones en el país de origen en materia de educación, atención sanitaria, formación profesional, apoyo a los programas contra el desempleo juvenil, sensibilización y formación para la prevención;

7. Pedir a la Comisión y a los Estados miembros que, en el marco de los instrumentos de financiación de la UE existentes, den prioridad a la financiación de actividades en los ámbitos que se indican a continuación, en cooperación con las autoridades centrales y locales de los países de origen, con las organizaciones internacionales y regionales y con las organizaciones de la sociedad civil:

a) Actividades preventivas a escala local, en colegios, comunidades y familias,

principalmente mediante programas de sensibilización dirigidos a los menores en situaciones de riesgo;

b) Formación de personal especializado para detectar situaciones de riesgo e intervenir ante las familias y las comunidades, a fin de dar soluciones duraderas para los menores no acompañados;

c) Estudios destinados a comprender mejor las causas que llevan a los menores no acompañados a emprender el viaje al territorio de la UE;

d) Iniciativas destinadas a proporcionar a los menores que corren el riesgo de emigrar no acompañados y de forma insegura, opciones en el país de origen, en beneficio de los niños;

8. Instar a los servicios consulares de los Estados miembros a que sigan examinando detenidamente todos los aspectos de las solicitudes de visados y de los documentos de viaje presentados en nombre de menores; instar a los servicios de control de fronteras de los Estados miembros a que presten mayor atención a los menores con perfiles de elevado riesgo que viajan en compañía de adultos que no son ni sus padres ni sus tutores legales; e instar asimismo a los funcionarios de enlace de inmigración a que sigan dedicando atención al tema de los menores, incluidos los que viajan en compañía de adultos;

9. Invitar a la Comisión a que incluya en el portal electrónico de inmigración una referencia específica a los menores no acompañados, a fin de informar mejor a posibles inmigrantes y de sensibilizar respecto de los riesgos inherentes a la migración de menores no acompañados;

10. Alentar a los Estados miembros a que hagan uso de la red de puntos de contacto nacionales a efectos de consultas sobre menores, conforme al anexo

37 del Manual práctico para guardias de fronteras.

**III.-POR LO QUE RESPECTA A LA RECEPCIÓN Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA UE, EL CONSEJO HA ACORDADO:**

11. Invitar a la Comisión a que evalúe si la legislación de la UE sobre menores no acompañados les ofrece suficiente protección, a fin de garantizar unas normas adecuadas en materia de recepción y garantías procesales para todos los menores no acompañados, con independencia de que sean solicitantes de asilo, víctimas de la trata o migrantes ilegales, y de asegurar que los menores sean tratados como tales mientras no se demuestre que no lo son;

12. Alentar a los Estados miembros a que adopten una decisión sobre el futuro de cada menor no acompañado con la máxima celeridad, teniendo en cuenta la importancia de encontrar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior de cada niño. Estas soluciones pueden consistir en el retorno y la reintegración en el país de origen o de retorno, o en la concesión de protección internacional o de otra situación jurídica en función de la legislación nacional de los Estados miembros;

13. Instar a la Comisión y a los Estados miembros a que promuevan la elaboración e intercambio de directrices sobre prácticas idóneas para la evaluación de la edad, que conjuguen criterios científicos y jurídicos;

14. Exhortar a los Estados miembros a que utilicen el Sistema de Información de Visados, una vez que sea operativo, para verificar la identidad de los menores no acompañados registrados en el sistema, en las condiciones establecidas en el artículo 19 del Reglamento correspondiente (Reglamento (CE) n.º 767/2008);



15. Destacar la necesidad de que los Estados miembros apliquen adecuadamente las medidas previstas en la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Pedir asimismo a los Estados miembros que refuercen su actuación en lo que respecta a los menores no acompañados víctimas de la trata de personas, remitiéndolos a las autoridades competentes del Estado miembro en el que sean encontrados;

16. Pedir a la Comisión que apoye a los Estados miembros para que utilicen las redes operativas existentes y establezcan otras, tan pronto como sea posible, para facilitar la localización de las familias en los países de origen y de tránsito, promoviendo un planteamiento común a partir del intercambio de prácticas idóneas;

17. Alentar a los Estados miembros a que investiguen en profundidad y luchen contra el fenómeno de las desapariciones de menores no acompañados que estuvieran siendo atendidos por sus servicios nacionales y a que, cuando sea posible, utilicen preferentemente las descripciones de personas desaparecidas del Sistema de Información de Schengen en casos de fuga o desaparición;

18. Invitar a los Estados miembros a que evalúen la calidad de la atención a los menores no acompañados para garantizar que, a lo largo de todo el proceso de decisión, se defienda el interés superior del menor;

19. Instar a la Comisión a que apoye el intercambio de prácticas idóneas en materia de sistemas de atención a los menores no acompañados, y a que elabore directrices, así como planes de estudios y formaciones comunes;

20. Instar a la Comisión y a los Estados miembros a que, al amparo del Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países y del Fondo Europeo para los Refugiados, refuercen su actuación en lo que respecta a los menores no acompañados, principalmente para establecer servicios de acogida que atiendan a las necesidades específicas de los menores o para mejorarlos, y a que adopten medidas para establecer actuaciones de integración adecuadas. Pedir asimismo a la Comisión que reflexione sobre la mejor manera de incluir el tema de los menores no acompañados en la próxima generación de instrumentos de financiación, a partir de 2014, en el ámbito de la gestión de los flujos migratorios;

21. Pedir a la Comisión que examine los desafíos específicos que plantean los menores no acompañados en el contexto de la nueva estrategia de la UE para la integración de los inmigrantes.

#### IV.-POR LO QUE RESPECTA A LOS PAÍSES TERCEROS, EL CONSEJO HA ACORDADO:

22. Instar a la Comisión y a los Estados miembros a que aborden regularmente las cuestiones relativas a la protección de los niños en el diálogo sobre derechos humanos y sobre migración entre la UE y terceros países;

23. Invitar a la Comisión y a los Estados miembros a que introduzcan en los acuerdos pertinentes con terceros países, atendiendo a las circunstancias de cada caso, disposiciones específicas sobre la migración de menores no acompañados que posibiliten la cooperación en materia de prevención, localización de las familias, retorno a las familias o a centros de acogida y

reintegración en los países de origen o de retorno;

24. Recomendar a los Estados miembros y a la Comisión que refuercen los instrumentos de cooperación exterior nacionales y de la UE a fin de ayudar a los países terceros a mejorar sus capacidades legislativas y administrativas para combatir la trata y la introducción clandestina de menores y para ayudar y proteger a éstos, en particular mediante la implantación de sistemas de protección infantil y registro de nacimientos, la expedición de documentos de viaje o autorizaciones parentales para los menores que viajen no acompañados, y mediante la determinación del adulto responsable de solicitar tales documentos en nombre del menor;

25. Alentar a FRONTEX y otros organismos europeos a que pongan en marcha medidas de apoyo a la formación de los servicios fronterizos de terceros países en la detección de pasaportes y visados falsos o falsificados, y operaciones conjuntas específicas;

26. Invitar a la Comisión a que incluya una sección relativa a los menores no acompañados en los perfiles migratorios de los principales países de origen y de tránsito.

**V.-POR LO QUE RESPECTA AL RETORNO Y LA REINTEGRACIÓN EN EL PAÍS DE ORIGEN, EL CONSEJO HA ACORDADO:**

27. Instar a la Comisión a que publique un estudio sobre las prácticas y la legislación existentes de los Estados miembros en materia de retorno de menores no acompañados y sobre la situación de los menores no acompañados a los que se aplican acuerdos de readmisión, a fin de promover las mejores prácticas existentes;

28. Instar a la Comisión y a los Estados miembros a que fomenten la implantación de métodos de orientación previa a la partida a fin de incentivar el retorno voluntario de los menores a sus países de origen;

29. Pedir a la Comisión que apoye formas de cooperación práctica entre los Estados miembros, y de estos con los países de origen, y con las organizaciones internacionales y no gubernamentales, a fin de establecer redes operativas para facilitar el retorno de los menores a sus países de origen, teniendo en cuenta la importancia de un retorno humanitario, seguro y digno, de conformidad con la Convención sobre el Niño de las Naciones Unidas y dentro del marco de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de

diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros

para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

30. Alentar a los Estados miembros a que aprovechen todas las posibilidades que ofrecen las redes operativas para establecer y mantener contactos con las autoridades de los países de origen y de retorno, a fin de encontrar medios para facilitar el retorno y la reintegración de los menores en los países de origen o de retorno;

31. Alentar a la Comisión y a los Estados miembros a que utilicen los instrumentos de cooperación exterior nacionales y de la UE de forma bien coordinada para financiar proyectos en terceros países que faciliten el retorno y la reintegración de los menores no acompañados en sus países de origen;

32. Alentar a la Comisión a que dé prioridad al apoyo financiero a determinados programas y acciones específicos referentes a los menores no acompañados, con cargo al Fondo Europeo para el Retorno para el periodo 2008-2013, en el marco del Programa general y del Programa temático sobre cooperación con terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo, y en particular a medidas como las siguientes:

1) Apoyo a las autoridades de los países de origen y de retorno para la gestión de los retornos, mediante la creación de centros de acogida que permitan prestar asistencia a los menores retornados en caso de que las familias no hayan podido ser localizadas, para facilitar la reintegración de los menores en su entorno sociocultural y garantizar al mismo tiempo que se tenga en cuenta su interés superior;

2) Apoyo a las familias y las comunidades para la reintegración de los menores retornados;

3) Oferta de posibilidades de formación y educación para los menores retornados.

33. Invitar a la Comisión a que informe sobre la aplicación de las presentes conclusiones a mediados de 2012 y en 2015, y a que proponga, en caso necesario, una revisión de las mismas o medidas complementarias.

**Conclusiones del Consejo sobre el del Pacto Europeo sobre el curso que debe darse al Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo**

CONSEJO DE  
LA UNIÓN  
EUROPEA

Bruselas, 4 de junio de  
2010 (09.06) (OR. en)

10674/10

ASIM 72

**RESULTADO DE LOS TRABAJOS**

De: Consejo de Justicia y Asuntos de Interior  
Fecha: 3 de junio de 2010  
Asunto: Conclusiones del Consejo sobre el del Pacto Europeo sobre el curso que debe darse al Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo

Adjunto se remite a las Delegaciones las conclusiones de referencia aprobadas en la sesión del

Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de junio de 2010.

Conclusiones del Consejo sobre el curso que debe darse al  
Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo

Al adoptar el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo en octubre de 2008, el Consejo Europeo decidió celebrar un debate anual sobre políticas de inmigración y asilo. Para ello invitó a la Comisión a presentar un informe al Consejo con carácter anual, basado en las contribuciones de los Estados

miembros, junto con propuestas de recomendaciones, de ser necesarias, sobre la aplicación tanto por la Unión como por sus Estados miembros, de dicho Pacto y del Programa de Estocolmo.

El Consejo,

-teniendo en cuenta el primer Informe anual sobre la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo presentado por la Comisión,

-recordando que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea introduce nuevas disposiciones sobre asilo e inmigración y estipula que estas políticas deben regirse por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad,

-recordando que, en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en el supuesto, y en la medida necesaria, de que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción propuesta, a escala de la Unión.

1. Reafirma la validez y pertinencia persistentes de los principios fundamentales y de los compromisos básicos establecidos en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, adoptado en octubre de 2008 para la aplicación de una política común de inmigración y asilo que tenga en cuenta tanto el interés colectivo de la Unión Europea como las necesidades concretas de cada Estado miembro.

2. Reconoce que tanto la Unión Europea como los Estados miembros han hecho importantes esfuerzos en la aplicación del Pacto.

3. Acoge con satisfacción el avance ya realizado en muchos de los ámbitos de actuación establecidos en el Pacto, como se expone en el Informe anual presentado por la Comisión. Las siguientes tendencias y avances realizados desde octubre de 2008 son de particular importancia:

a) Está mejorando la gestión de la migración por motivos laborales con respecto a las necesidades del mercado laboral de los Estados miembros y el principio de preferencia de la Unión, al tiempo que la Directiva adoptada sobre la tarjeta azul UE fomentará la admisión de trabajadores muy cualificados;

b) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha introducido una base jurídica expresa para incentivos y medidas de apoyo en el ámbito de las políticas de integración; el marco de la UE en el ámbito de la integración se ha consolidado y las políticas nacionales se han reforzado, en consonancia con los principios básicos comunes sobre integración.

c) Se han adoptado dos instrumentos fundamentales para la lucha contra la migración ilegal, la Directiva sobre el retorno y la Directiva sobre sanciones a los empresarios. Frontex ha intensificado sus actividades en el ámbito del retorno. Han seguido realizándose esfuerzos a propósito de los acuerdos de cooperación y de readmisión con países de origen y de tránsito.

d) Se ha abordado una propuesta para fortalecer Frontex en lo que se refiere a



reforzar sus capacidades y en la actualidad se está debatiendo en el Consejo y el Parlamento Europeo; se ha intensificado la cooperación de la gestión fronteriza con terceros países y se ha desarrollado el uso de medios tecnológicos modernos para el control de las fronteras. El Consejo adoptó importantes conclusiones operativas en febrero de 2010 sobre 29 medidas para reforzar la protección de las fronteras exteriores y para luchar contra la inmigración ilegal.

e) Se ha alcanzado un acuerdo sobre el establecimiento de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) y el Consejo y el Parlamento Europeo están debatiendo todas las iniciativas legislativas que requiere el Pacto en el ámbito del asilo. Todas las instituciones implicadas están haciendo un importante esfuerzo para avanzar y mejorar la coherencia entre las distintas iniciativas legislativas y las prácticas en este ámbito. Del mismo modo se ha hecho un esfuerzo para promover la solidaridad con los Estados miembros sometidos a una presión particular mediante la participación en el proyecto piloto de reasentamiento en el interior de la UE de los beneficiarios de protección internacional y otras formas de cooperación práctica entre Estados miembros. La dimensión exterior del asilo se ha desarrollado, incluidas acciones a nivel de la UE relacionadas con el reasentamiento y los programas regionales de protección.

f) Se ha logrado un avance importante en la aplicación estratégica del Enfoque Global de la Migración. Con los objetivos de seguir fomentando asociaciones globales con países de origen y tránsito e impulsar las sinergias entre migración y desarrollo, ha habido un importante incremento del uso de herramientas del Enfoque Global de la Migración (asociaciones sobre

movilidad, misiones sobre migración, perfiles migratorios, plataformas de cooperación) y del desarrollo de iniciativas regionales como el Proceso Rabat/París, la Asociación Estratégica UE-África sobre migración, Movilidad y Empleo, la Conferencia Ministerial de Praga sobre Creación de asociaciones de migración y proyecto de seguimiento de la misma, el Diálogo estructurado sobre migración con

países de América Latina y del Caribe y reuniones celebradas en Asia con India y otros países de la ASEM.

4. Considera que son necesarios esfuerzos más intensos y específicos tanto por parte de la UE como de los Estados miembros para lograr avances sustanciales en los ámbitos siguientes el año próximo:

a) Incluso en momentos de recesión económica, sigue siendo fundamental reconocer que una política bien gestionada de migración laboral que se ajuste a los requisitos de los mercados de trabajo nacionales y al principio de preferencia de la UE puede desempeñar un papel importante para resolver la escasez de mano de obra y hacer frente a los desafíos demográficos. Por ello, los Estados miembros y la Comisión, siempre respetando las competencias respectivas de los Estados miembros en cuanto a la gestión de sus mercados de trabajo y en su caso cooperando con terceros países, deberían seguir mejorando la adecuación laboral y el reconocimiento de capacidades, junto con acciones para fomentar una política de migración laboral global con arreglo a la iniciativa emblemática "Agenda de nuevas cualificaciones y empleos" de la Estrategia Europa 2020. El plan de política en materia de migración legal debería seguir desarrollándose, y incluyendo un acuerdo sobre la Directiva relativa a un permiso único de residencia y trabajo en el territorio

de un Estado miembro para los nacionales de terceros países, y sobre un conjunto de derechos comunes para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro. Debería iniciarse el trabajo preparatorio para consolidar toda la legislación en el ámbito de la inmigración, empezando por la migración legal, como se prevé en el Programa de Estocolmo.

b) Este esfuerzo debería complementarse con una agenda de integración ambiciosa, que se base en las declaraciones aprobadas en las conferencias de Vichy (2008) y de Zaragoza (2010). Esta agenda debería incluir un mecanismo de coordinación como se propone en el Programa de Estocolmo, para mejorar las estructuras e instrumentos para el intercambio europeo de conocimientos y facilitar la transversalidad de las prioridades en materia de integración en todas las áreas correspondientes. La expansión del uso de indicadores y el desarrollo de módulos europeos para apoyar el proceso integración deben ser también elementos importantes de esta agenda.

c) La lucha contra la inmigración ilegal, la introducción ilegal y la trata de personas en todas sus dimensiones necesita intensificarse con un espíritu de responsabilidad y solidaridad conjuntas. La repatriación y readmisión efectivas de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal, en particular mediante acuerdos adecuados y cooperación con los países más importantes de origen y tránsito, constituyen las prioridades fundamentales. Los Estados miembros y Frontex deberían seguir reforzando la cooperación práctica, entre otras cosas mediante el uso de vuelos y operaciones de retorno conjuntos, organizados y cofinanciados por Frontex y mediante la garantía de disponibilidad de los recursos que deban utilizarse en operaciones conjuntas

concretas cuando sea necesario. Los Estados miembros deberían, asimismo, considerar la posibilidad de seguir aumentando la efectividad de inspecciones en los lugares de trabajo en sectores en los que sea particularmente elevado el riesgo de empleo o explotación de trabajadores en situación de residencia irregular.

Es preciso prestar atención especial al delicado asunto de los menores no acompañados. Una respuesta global a nivel de la Unión debería combinar las medidas de prevención, protección y asistencia al retorno, a la vez que se tiene en cuenta el interés superior del menor.

d) La mejora del control y la vigilancia de las fronteras exteriores de la UE sigue siendo una prioridad absoluta. Una estrategia de gestión integrada de las fronteras debería garantizar mayor eficacia de los resultados obtenidos por las autoridades y cuerpos de seguridad competentes para el control de las fronteras en los Estados miembros y de Frontex. Para ello, conviene que el Consejo y el Parlamento logren lo antes posible un acuerdo sobre la propuesta de modificación del Reglamento Frontex, que debería abordar en particular la cuestión del tratamiento y el intercambio de datos personales de conformidad con el marco jurídico de la protección de datos. Otra medida crucial es la rápida aplicación de las fases y pasos fijados para el desarrollo del Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR) y el mayor uso de medios tecnológicos modernos como los sistemas de entrada/salida y el control automatizado de fronteras, al tiempo que se garantiza la interoperabilidad de los distintos sistemas basándose en la experiencia adquirida en el desarrollo de los sistemas existentes. La política de visado común de Schengen tiene también una importante función que desempeñar. Para aprovechar plenamente

sus ventajas es fundamental una rápida aplicación y rodaje de VIS.

e) En el ámbito del asilo, el punto de mira debería ser la conclusión de los debates legislativos en curso sobre un sistema europeo común de asilo con el objetivo de que quede establecido en 2012 y el refuerzo de la cooperación práctica en la UE que garantice una aplicación mejor y más coherente de la legislación. En este contexto, el objetivo debe ser garantizar que las personas que necesitan protección internacional tengan acceso a procedimientos de asilo jurídicamente seguros y eficaces basados en un alto nivel de protección, que a la vez puedan evitar los abusos. Por consiguiente, el Consejo invita a todas las partes interesadas a proporcionar pleno apoyo para el establecimiento, lo antes posible, de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA). Para ser solidarios con los Estados miembros que se enfrentan a una presión concreta y desproporcionada sobre sus sistemas de asilo, cabría fomentar una mejor reasentamiento de los beneficiarios de protección internacional de manera voluntaria y coordinada, junto con otras medidas de solidaridad como la ayuda financiera, la asistencia técnica y el apoyo a la nueva Oficina Europea de Apoyo al Asilo, sobre la base del análisis en curso. Todos los agentes deberían estudiar la asignación de los recursos y medios necesarios para allanar el terreno para una aplicación efectiva del programa europeo de reasentamiento.

f) La cooperación con terceros países de origen y tránsito para gestionar todas las dimensiones de los flujos migratorios y crear sinergias positivas entre migración y desarrollo es un factor fundamental de éxito para la política común europea de migración que precisa mayor atención. El Consejo invita a la Comisión y a los Estados miembros a asegurarse de que los objetivos de la

política de migración basados en el Enfoque Global de la Migración están en el centro del diálogo político con los terceros países pertinentes de origen y tránsito y a mejorar la coherencia de las políticas a este respecto, en particular con la política de cooperación para el desarrollo. La influencia de la UE debería utilizarse para fomentar la cooperación práctica y lograr acuerdos globales con los terceros países pertinentes, incluidos sobre asuntos de movilidad. Ello requiere asimismo, como cuestión de principio, que todas las partes interesadas asuman sus responsabilidades en lo que se refiere al retorno y a la readmisión de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal, incluidos los migrantes que hayan entrado o intentado entrar en la Unión Europea de forma ilegal desde su territorio y viceversa. Se invita a los Estados miembros y la Comisión a que determinen los medios para apoyar proyectos de desarrollo que ayuden a aumentar el nivel de vida en los citados países y a mejorar la capacidad y las infraestructuras en los terceros países pertinentes, permitiéndoles gestionar de forma adecuada los flujos de migración legal, el control eficaz de sus fronteras exteriores, hacer frente a la inmigración ilegal, facilitar protección internacional y aplicar el principio de no devolución.

Además, la UE y sus Estados miembros deberían seguir desarrollando y aplicando el Enfoque Global de la Migración de forma equilibrada geográficamente mediante una estrategia consolidada, basada en pruebas y sistemática todos los instrumentos y reforzando el equilibrio y las sinergias entre los tres ámbitos de dicho Enfoque: migración legal, migración ilegal y migración y desarrollo.

5. Invita a la Comisión a que le informe de los avances realizados, específicamente en lo que se refiere a las prioridades citadas cuando presente

el próximo Informe anual sobre inmigración y asilo, que incluya tanto la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo y otras secciones correspondientes del Programa de Estocolmo.